NURUOSMANIYE
1274
1640

زوائد ملتقى الأبحر لسيواسي

١٦٤٠

٢٦٦
١
٢٦٧

[illegible]

فرائد ملتقى الأبحر للمولى المرحوم إسمعيل السيواسي

سيواس بالكسر مدينة بالروم
قاموس

ب ١١٥١

من كتب الفقير إلى الله أحمد بن خليل بن مصطفى
يسر الله له الحسنى وزيادة
وأكرمه في الدارين بالزيادة
وجعل التقوى زاده

مد شد

اوراق
عدد
٧٦٣

سطر
عدد
٢١

لا إله إلا الله محمد رسول الله
صادق الوعد الأمين

مطلب خطبة الفقه ٧ • فرائض الغسل ١٥ • مس المصحف ١٧ • مهم كيفية الوضوء ٢٣ • نبيذ التمر والنرجس ٢٤ • حكاية في الحيض ٣٥

مطلب النفاس ٣٧ • غريب ٤٠ • في مع البق ٤٢ • دخل الصلاة ٥٦ • القراءة بالفارسية وحدتها ٥٨ • البسملة ٥٩ • نصوف ٦٠

حكاية عن الإمام وكون الركوع مرتين والسجود مرتين حكاية ٦١ • حكاية ٦٢ • الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ٦٣ • وجوب استماع النفس في المخافتة ٦٤ • في قتل الحجاج ٦٧

حضور النساء الجماعة والوعظ وعدم جواز اقتداء معذور بمعذور إن اختلف عذرها • وتعريف المدرك واللاحق المسبوق ٦٨ • المهمات ونفي القضاء وجب ٧٣ • بناء بيت المقدس ٧٤

في الإمامين ٧٦ • إمامة الصبي ونية التراويح ٧٧ • في الإمام ٨١ • مطلب مهم ٨٢ • في الإقامة والأولياء ٨٨ • السفر ٨٩

في أبي حنيفة وأبي يوسف ٩٤ • إشكال ٩٠ • في الزكاة ١٠٨ • الدراهم والدنانير المثقال والقيراط ١١٠ • لا قضاء بالنكول في الحج ١١٢ • في عاشر نصراني ١١٣ — دخل [illegible] ٩٤

فيها أيضا ١١٤ • في بيع شاة ١١٦ • بناء المسجد والعتق بمال الزكاة والتصرف في الذمي ١١٨ • دفع الزكاة إلى الهاشمي ١١٩ • حكاية ووضوء النبي عليه السلام ربع الصاع ١٢٢

دخل الصوم ١٢٣ • في هلال رمضان ونحوه قاطع ١٢٤ • في تعجيل الإفطار وفي تسكين الشهوة ١٢٦ • فساد الصوم بمضي الدخان ١٢٧ • جواز مضغ العلك للنساء دون الرجال ١٢٧

في صائم والاكتحال في رمضان وقدر اللحى ١٢٨ • إسقاط الصلاة وفدية رمضان ونحوه وبحث الحامل والمرضع ١٢٩ • سهو صاحب الورد وأنواع الحج ١٣٠ • دخل المناسك فضل الوقوف ١٣١

حج الشاب ١٣٣ • العبادلة ١٣٤ • لبيك ١٣٥ • الحجر الأسود ١٣٧ • بعض الأدعية ونسبة اليمني واليماني ودخل أبواب الصلاة في الكعبة ١٣٨

تسميتها زوجة وعرفة ومزدلفة ومنى وموضع منى وبحث الحج الأكبر ١٤٠ • أدعية وقوف المشعر الحرام ١٤١ • حرص أبي يوسف على العلم • كراهة المجاورة في مكة ومفضلها ١٤٣

تصحيح الإزار ١٤٨ • دخل الصوم ١٤٩ • ثمرة خير من جرادة ١٥٢ • في الصيد لحم وشراء الطير من الصائد لا مطلقة ومسألة من رجع السهم ١٥٣ • لا يكون الحجر غنيا [illegible] الإسلام ١٦٠

عدم ثبوت المصاهرة بالنواظر ١٦٢ • دفع وهم الروافض ١٦٣ • أنواع الفواحش وحكاية في الحكم ١٦٥ • نكاح الزهراء المرتضى ١٦٦ • وراء الكفاءة ومقام آخر ١٦٧

لا ينسب بالعرب وقدر النفقة على الزوج للزوجة ١٦٩ • في كل شيء ثلاثة آلاف ١٧١ • أحشاء الزيلعي ١٧٤ • بحث العزل عن المرأة وأيمة في الغلط ١٧٧ • في البخاري ج ١٨١

أفحم صغير آباه الشافعي ١٧٤ • الغراب وخفيفه ونحوه ١٨٦ • دفع تأثر الشرع ١٨٩ • الرد على الصحابة مع حكاية ١٩١ • في سرعة جواب ج ١٩٩

في رفاقهم مع زوجها ٢٠٣ • تصحيح القدوري ٢١٢ • يمين البكر الثيب وحكاية أبي الحجاج وبحث الحقيقة والمجاز ٢١٥ • دخل الصوم أيضا • دفع إيراد الدرر عن الصدر ٢١٧

تفسير الفاحشة ٢١٩ • حكاية ٢٢٠ • دخل الصوم ٢٢١ • حكاية ٢٢٣ • تفرقة الشارع الشافعي والمقابر ٢٢٤ • إمضاء القضاة الحنفية قضاء الشافعية ٢٤٥

جواز دخول الحمام ٢٢٦ • في استيلاد والد الجارية والولد الاستحقاق ٢٢٨ • أنواع الاستثناء ٢٣٠ • قيمة الكلب ٢٣٥ • [illegible] ٢٣٦

الفراش ثلاثة ٢٣٩ • دخل الدار ٢٤٢ • تزوج أبي حنيفة ٢٤٦ • دخل الصوم ٢٤٧ • طلب الفاكهة ٢٤٨ • سهو الصوم ٢٥٠ • معنى الحين ٢٥١

إذا عطف الفعل على الفعل بالفاء والجر ٢٥٥ • سياسة ٢٦٠ • في أخوين زوجها ٢٦١ • أنواع الشهود ٢٦٤ • الاستحسان أكل السمك والجراد يورث الحمى والبنج

ناكس ٢٧١ • الطهر الخنثى ٢٧٥ • وزن المجانيق ٢٨٢ • السرقة ٢٨٣ • لا يقتل الجنة والعرب في دار الحرب ٢٨٥ • والأسوار ٢٦٧

حكاية في إسلام الأعراب ٢٩٠

لا اله الا الله محمد رسول الله
صادق الوعد الامين

فتوحات البلاد ٢٩٢ • في شهران ٢٩٣ • الزفي بن العدل والعدل ٢٩٤ • ابن الحنفية ٢٩٥ • لاانفاق الكنيسة الفقراء الاتراك دار الحرب وبحرها ٢٩٦

احكام التغلبي ٢٩٧ • سب على الله وجهه ٣٠١ • تكذيب المنجمين ٣٠٨ • وقف البقر ٣١٥ • مهمة الكوسبراء ٣٢٤ • تصحيح الحماة ٣٣١

مسح الامام ٣٤٧ • نفع شم الالية ٣٤٨ • تكليف الكفار بالعاشق ٣٥٥ • انواع الرشي ٣٧١ • حكايات في القضاة ٣٧٢ • اتخاذ الحل للقضاة ٣٧٤

علم القاضي ٣٧٧ • نفوذ القضاء ظاهرا وباطنا ٣٧٨ • ما ينبغ الشهادة ٣٩٠ • مهم كل عالم ٣٩٢ • تيسير ٣٩٤ • مطلب للكتاب ٤١٠

في الرجم ويمين الاخرس ٤١٢ • مهمة في اليمين ٤١٧ • الكتابة الاتراك ٤٢٧ • دعاء الوداع ٤٤٤ • في رجل ادعى على الكاتب ٤٤٦ • في القضاة ٤٤٧

دخل الكنيسة والاماني ٤٥٤ • ضرب القاضي وقصد القصاص ٤٦٢ • اجرة الحكام ٤٦٤ • مهمة اجرة الوكالة وجواز ابرة نائب القاضي ٤٦٥ • المباشرة ٤٦٦

الصلح على النصف ٤٦٨ • اعجب العجائب ٤٦٩ • فقدان بيت المال ٤٨٧ • في خبيب بن عدي ٤٩١ • سهو الجهة ٥٠٧ • علم اعتبار الحصي ٥١٠

كسر آلات اللهو وحكايات ٥١٢ • حكايات ٥١٣ • تعريف البيت والمنزل والدار ٥٢٥ • الفرع ٥٢٦ • مهمة في النسيجة ٥٣٤ • الباء الثوب الجميل ٥٤٧

حكايتان ٥٤٩ • في المعانقة ٥٥١ • مهمة في الاستبراء ٥٥٣ • الاحتكار ٥٥٥ • حرمة البوري والرقص والسماع والاشتغال فيها ٥٥٧

تفسير القرآن وحفظه وكتابة اسماء السور وحكاية ٥٥٩ • حكاية الفهد ٥٧٠ • حكاية ارنب وقتالها ٥٨٦ • حكاية ٥٨٧ • خطاء الزمخشري وعجيب ٥٨٨

الكذب لاصلاح ذات البين ٦٠٥ • حكايات ثلاث ٦٠٨ • حكاية ٧٠٣ • الحرث الحرام في المسجد وعجب الصفات ٧٠٦ • تعريف الشاكلة وحكاية ٧١٥

صورة فتوى على السعوع ٧١٨ • الفرق بين العطية والرزق وحكايتان ٧٢٠ • الاخ في الوصية الربع او الخمس ٧٢٢ • تصحيح نسخ الصك ٧٢٥

تعريف الجار والصهر ٧٣٠ • الخنثى عرفه سمي بالدعويا ٧٣١ • يكون حاكما وحكاية عموم المشتركة في حالة النفي ٧٣٢ • املاء ووصايا الكتاب ٧٣٤

تشييع الوصي المختار على ابي الميت ٧٣٥ • حكايات ٧٣٨ • غريب عجيب ٧٤٣ • اتخاذ البالوعة عن جدار الجار ٧٤٤ • احوال الختان ٧٤٥

حكاية في الشريك ٧٤٩ • حكاية في جمع بعض بها ٧٥١ • حكاية شرعية ٧٥٤ • وحكايتان ايضا

ورثة المجوسي ٧٥٧ • تاريخ الكتاب للمؤلف ٧٦٢

ولله الحمد والمنة

Nuruosmaniye
1274
1640
١٦٤٠

كتاب الطهارة ٧	باب التيمم ٢٥	باب المسح على الخفين ٣٠	باب الحيض ٣٥	باب الأنجاس ٣٩
كتاب الصلاة ٤٤	باب الأذان ٤٩	باب شروط الصلاة ٥٢	باب صفة الصلاة ٥٥	باب الحدث في الصلاة ٦٩
باب ما يفسد الصلاة ٧٠	باب الوتر والنوافل ٧٤	باب إدراك الفريضة ٧٩	باب قضاء الفوائت ٨٠	باب سجود السهو ٨١
باب صلاة المريض ٨٤	باب سجود التلاوة ٨٥	باب المسافر ٨٧	باب الجمعة ٨٩	باب العيدين ٩٣
باب صلاة الخوف ٩٥	باب الجنائز ٩٥	باب الشهيد ١٠٢	باب الصلاة في الكعبة ١٠٣	كتاب الزكاة ١٠٤
باب زكاة السوائم ١٠٦	باب زكاة الذهب والفضة والعروض ١١٠		باب العاشر ١١١	باب الركاز ١١٣
باب زكاة الخارج ١١٥	باب المصرف ١١٧	باب صدقة الفطر ١٢٠	كتاب الصوم ١٢٢	باب موجب الفساد ١٢٥
باب الاعتكاف ١٣١	كتاب الحج ١٣٣	باب القران والتمتع ١٤٥	باب الجنايات ١٤٧	باب مجاوزة الميقات بغير إحرام ١٥٤
باب إضافة الإحرام إلى الإحرام ١٥٥	باب الإحصار والفوات ١٥٥	باب الحج عن الغير ١٥٧	باب الهدي ١٥٨	كتاب النكاح ١٥٩
باب المحرمات ١٦١	باب الأولياء والأكفاء ١٦٥	باب المهر ١٧٠	باب نكاح الرقيق ١٧٦	باب نكاح الكافر ١٧٨
باب القسم ١٧٩	كتاب الرضاع ١٨٠	كتاب الطلاق ١٨١	باب إيقاع الطلاق ١٨٤	باب تفويض الطلاق ١٩٢
باب التعليق ١٩٦	باب طلاق المريض ١٩٩	باب الرجعة ٢٠١	باب الإيلاء ٢٠٤	باب الخلع ٢٠٦
باب الظهار ٢٠٩	باب اللعان ٢١٢	باب العنين ٢١٤	باب العدة ٢١٥	باب ثبوت النسب ٢٢٠
باب الحضانة ٢٢٢	باب النفقة ٢٢٣	كتاب العتاق ٢٣٠	باب عتق البعض ٢٣٢	باب العتق المبهم ٢٣٥
باب الحلف بالعتق ٢٣٧	باب العتق على جعل ٢٣٨	باب التدبير ٢٣٩	كتاب الأيمان ٢٤٠	باب اليمين في الدخول والخروج والإتيان والسكنى ٢٤٣
باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام ٢٤٧		باب اليمين في الطلاق والعتاق ٢٥٢	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك ٢٥٣	
باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك ٢٥٥	كتاب الحدود ٢٥٧	باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه ٢٦٠		باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ٢٦٣

باب حد الشرب ٢٦٦	باب حد القذف ٢٦٨	كتاب السرقة ٢٧٢	باب قطع الطريق ٢٨٠	كتاب السير ٢٨١
باب الغنائم وقسمتها ٢٨٤	باب استيلاء الكفار ٢٨٩	باب المستأمن ٢٩٠	باب العشر والخراج ٢٩٢	باب المرتد ٢٩٨
باب البغاة ٣٠١	كتاب اللقيط ٣٠٢	كتاب اللقطة ٣٠٤	كتاب الإباق ٣٠٥	كتاب المفقود ٣٠٦
كتاب الشركة ٣٠٨	كتاب الوقف ٣١٣	كتاب البيوع ٣١٧	باب الخيارات ٣٢٣	باب البيع الفاسد ٣٣٢
باب الإقالة ٣٤١	باب المرابحة والتولية ٣٤٢	باب الربا ٣٤٥	باب الحقوق والاستحقاق ٣٤٨	باب السلم ٣٥٠
كتاب الصرف ٣٥٨	كتاب الكفالة ٣٦٠	باب كفالة الرجلين والعبدين ٣٦٨	كتاب الحوالة ٣٦٩	كتاب القضاء ٣٧٠
كتاب الشهادة ٣٨٤	باب من تقبل شهادته ومن لا ٣٨٧	باب الاختلاف ٣٩٢	باب الشهادة على الشهادة ٣٩٤	باب الرجوع عن الشهادة ٣٩٥
كتاب الوكالة ٣٩٧	باب الوكالة بالبيع والشراء ٣٩٩	باب الوكالة بالخصومة والقبض ٤٠٥	باب عزل الوكيل ٤٠٦	كتاب الدعوى ٤٠٧
باب التحالف ٤١٣	باب دعوى الرجلين ٤١٧	باب التنازع بالأيدي ٤٢١	باب دعوى النسب ٤٢٢	كتاب الإقرار ٤٢٤
باب الاستثناء وما في معناه ٤٢٧	باب إقرار المريض ٤٢٩	كتاب الصلح ٤٣١	باب الصلح في الدين ٤٣٤	كتاب المضاربة ٤٣٧
باب المضارب يضارب ٤٤٠	كتاب الوديعة ٤٤٤	كتاب العارية ٤٤٧	كتاب الهبة ٤٥٠	باب الرجوع في الهبة ٤٥٣
كتاب الإجارة ٤٥٧	باب ما يجوز من الإجارة وما لا ٤٦١	باب الإجارة الفاسدة ٤٦٣	باب فسخ الإجارة ٤٧٢	كتاب المكاتب ٤٧٥
باب تصرف المكاتب ٤٧٨	باب كتابة العبد المشترك ٤٨٢	باب العجز والموت ٤٨٣	كتاب الولاء ٤٨٥	كتاب الحجر ٤٩٢
كتاب المأذون ٤٩٩	كتاب الغصب ٥٠٤	كتاب الشفعة ٥١٣	باب ما تجب فيه الشفعة ٥١٨	كتاب القسمة ٥٢٣
كتاب المزارعة ٥٢٩	كتاب المساقاة ٥٣٢	كتاب الذبائح ٥٣٤	كتاب الأضحية ٥٣٩	كتاب الكراهية ٥٤٣
كتاب إحياء الموات ٥٦١	كتاب الأشربة ٥٦٦	كتاب الصيد ٥٦٩	كتاب الرهن ٥٧٤	باب ما يجوز ارتهانه والرهن به وما لا يجوز
باب الرهن يوضع على يد عدل ٥٨٠	باب التصرف في الرهن وجنايته ٥٨٣	كتاب الجنايات ٥٨٥	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه ٥٨٧	باب القصاص فيما دون النفس ٦٠٠
باب الشهادة في القتل ٦٠٤	كتاب الديات ٦٠٦	باب ما يحدث في الطريق ٧٠٤	باب جناية البهيمة ٧٠٨	باب جناية الرقيق ٧١٠
باب غصب العبد والصبي والجناية في ذلك ٧١٤	باب القسامة ٧١٥	كتاب المعاقل ٧١٩	كتاب الوصايا ٧٢١	باب الوصية بثلث المال ٧٢٤
باب العتق في المرض ٧٢٨	باب الوصية للأقارب وغيرهم ٧٣١	باب الوصية بالخدمة والسكنى ٧٣٣	باب وصية الذمي ٧٣٣	باب الخنثى ٧٣٤

هذا وقف [illegible] السلطان ابن السلطان [illegible] عثمان خان ابن السلطان مصطفى خان [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لمن منح لنا كنز درر الهداية ● وغرر الوقاية ● مقدار الكفاية
وعصمنا من جان الجهل والغواية ● في البداية والنهاية ● والصلاة على نبيه محمد
المخصوص باكمل العناية ● ومعلم الدراية ● وعلى آله واصحابه الذين خاضوا في بحر
ملتقى ابحر الولاية ● فبعد ما وصلوا الى الغاية ● استخرجوا منها فرائد اللآلي بكمال الرعاية ●
ثم علقوها على اعناق الرجال بسلك الرواية ● وبعد فيقول الفقير الى رحمة ربه الاكرم
اسمعيل بن سنان السيواسي ● لين الله قلبه القاسي ● وازال قبضه الوسواسي
لما كنت اذاكر كتاب ملتقى الابحر في الفقه الذي صنفه الامام الهمام قدوة العلماء المتاخرين
زبدة الفضلاء المتبحرين ● فريد اوانه ● وحيد زمانه ● الشيخ ابرهيم بن محمد الحلبي ● افاض الله
عليه سجال العفو والغفران ● واسكنه بحبوحة الجنان ● تخيلنا من الاحيان ● قال لي بعض الاخلاء
ان هذا كتاب فاخر ● وسفر زاخر ● مشتمل على مسائل المتون الاربعة ● مع زيادات
ماخوذة من مسائل الهداية ومجمع البحرين ● لكن لم يسمع احد تصدى لتفسير مخفياته
ونشر مطوياته ● واظهار مكنوناته ● فبقي بكرا لم يكشف نقابه ● ولم يبن وفي بابه
ولم يتشبث بثيابه ● فهلا تكون له عروسا ترفع من وجهه النقاب ● وتزيل عنه
بحيث يستحسن اولو الالباب ● فاجبته اولا بعدم القدرة والاستطاعة
وبعثة الطبيعة وعدم الطاقة ● لكن لم يقنع بهذا الجواب ● وخاطبني على وجه
العتاب ● فقال اتكفر بما انعم الله عليك ● واتم الآءه لديك ● وتنكر وجوب الامتثال
بقول الكبير المتعال ● واما بنعمة ربك فحدث ● فعند ذلك كنت ملزما اشد الالزام
ومبكما غاية الافحام ● بحيث لم اقدر على الجواب ● ورد الخطاب ● فتفكرت زمانا
ثم قلت مرحبا بما قلت ● لكن يلزم للاقدام على مثل هذا الامر الخطير الاستيذان
من ولي كل الامور ● او وكيله في تدبير امور الجمهور ● حتى لا يكون التصدي لرفع نقابه
سعيا كالسفح ● بل يكون حلالا كالماء القراح ● فقنع انا بهذا الكلام
وجعل يقول يا ولي الالهام ● الهمه طريق الصواب والسداد ● فانك المسؤل لنيل المقصد
والرشاد ● ثم بعد برهة من الزمان رايت بين النوم واليقظة كاني شرعت في بناء المنزل العظيم
والبيت الفخيم ● فاذا بهاتف يهتف من قبل الرحمن ● ويقول لك البشارة بانك
تتم هذا البنيان ● وينتفع به الغائبون والحاضرون في البلدان ●

وايضا بشرني بحصول المرام ● ووقوع الاذن من ولي الانام ● بعض من اثق
ممن يظن كونه من الاولياء الكرام ● فلما حصل لنا هذه البشارة العظيمة
والاستشارة الجسيمة ● حصل لنا مثل ما حصل ليعقوب النبي عليه صلاة الله وسلامه
حيث بشر بابنه يوسف الصديق ● حيث انفتح عين البصيرة بعد ما ابيضت
وانطلق لساني بعد ما كلت ● فشرعت بعون الله وتوفيقه ● في اليوم الثالث
من شعبان المعظم ● المنتظم في سلك شهور ● احدى عشر وثلثين والف
ببركة شيخنا السابق في مضمار الجبروت ● الفائق في ارباب اللاهوت
الشيخ عبد المجيد الشهير بالسيواسي متعنا الله بطول حياته ● ورزقنا من
واردات وفيوضاته ● ثم بقيت في التسويد سنتين وسبعة ايام
بناء على وقوع مقاساة الحروب والفتن ● وشدائد البلايا والمحن
ووقوع الهرج والمرج ● بخروج بعض من العلماء والامراء مع جمع كثير
وجم غفير ● وتفرقهم في البلاد كجراد منتشر ● الى ان بلغت القلوب الحناجر
وفسدت امور المزارع والمتاجر ● هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا
اللهم انصر من نصر الدين واخذل من خذل المسلمين ● ثم انه ليس غرضي ان اعد
نفسي من زمرة المصنفين هيهات هيهات ● بل الدعوات الصالحات
من الناظرين في هذه الورقات ● فان فاتني منهم الثناء الجميل في العاجل
فحسبي ما ارجو من الثواب الجزيل في الاجل ● مع اني معترف بعدم الاستطاعة
وقصور الباع ● وكون شروعي في هذا الامر الخطير من الفظاعة ● ومن البين
ان كتابة الاشيا من الضياعة ● فاذا وقع فيه سهو فمن شيم الاثام
وان اتفق شيء فمنه من غير ملام ● وما احسن من قال ومن ذا الذي ترضى سجاياه كلها
كفى المرء نبلا ان تعد معايبه ● وانا اسئل الله واهب العطايا ● ورافع السهو
والخطايا ● ان يجعله خالصا لوجهه الكريم ● ووسيلة الى شفاعة
نبيه الجسيم ● محمد الموصوف بالخلق العظيم ● وسميته
فرائد الملتقى الابحر ليطابق اسمه مسماه ● وخدمت به المولى
المعظم ● والنحرير الاكرم ● ملجا الافاضل ● ومرجع الاعالي
والاسافل ● سيد طائفة العلماء ● وسند فرقة الفضلاء
ينبوع قواعد الطريقة النعمانية ● ومتبوع علماء الدولة العثمانية
جامع المعقول والمنقول ● محيط الفروع والاصول ● حلال مشكلات
الانام ● وكشاف معضلات الخواص والعوام ● اوصافه ابية عن
رتبة البيان ● ومحاسنه منتشرة في كل الزمان والمكان

بيت

كفى فخر السلطان وجود مثله في البين
وفي ذخرا للاركان ميزان وصف في الزين

الا وهو شيخ الاسلام والمسلمين ● في دولة السلطان الاعظم
الخاقان المعظم ● خادم الحرمين الشريفين ● السلطان مراد خان
ابن السلطان احمد خان ● ابن السلطان محمد خان ●
من سلاطين آل عثمان ● ابد الله دولته الى انقراض الزمان
آمين يا معين ● ويا مستعان

ثم اعلم ان مشروعات الشارع على اربعة انواع حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة
وما اجتمع فيه حقان وحق الله فيه غالب كحد القذف وما اجتمع فيه حقان وحق العبد
فيه غالب كالقصاص فاما حقوق الله خالصة فثمانية عبادات خالصة كالايمان وفروعه
وهي انواع اصول ولواحق وزوائد وعقوبات كاملة كحد الشرب وحد الزنا
وعقوبات قاصرة كحرمان الميراث بالقتل وحقوق دائرة بين العبادة والعقوبة كالكفارات
وعبادات فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر ومؤنة فيها معنى العبادة كالعشر ومؤنة
فيها معنى العقوبة كالخراج وحق قائم بنفسه اي ثابت بذاته من غير سابقية سبب
يوجبه كخمس الغنائم والمعادن واما حقوق العباد فكثيرة منها المعاملات المالية
كالبيع وغير المالية كالنكاح والطلاق ثم اختص البيان وما يتعلق باصول الدين
فبقيت الاحكام الاخر وهي التي نحن فيه ثم قدمت من بينها الصلاة لما انها اقوى
اركان الاسلام بعد الايمان بالله تعالى قال الله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وقال النبي
صلى الله عليه وسلم الصلوة عماد الدين ومن اراد نصب خيمة بدا بنصب العماد على ان في
اسم الصلاة ما يدل على انها تالية الايمان لان المصلي هو التالي للسابق
قال الشاعر ولابد لي من ان اكون مصليا اذا كنت ارضى ان يكون لك السبق وفي
الجوهري يقال صلى الفرس اذا جاء مصليا وهو الذي يتلو السابق ثم قدمت
الطهارة لانها شرطها والشرط مقدم على المشروط ثم اختصت الطهارة بالبداية من بين
سائر الشروط لانها لا تسقط بعذر من الاعذار ورده بعضهم بان النية ايضا شرط لا يسقط
بعذر من الاعذار فالاولى ان يعلل بانها اقدم تحققا بالنسبة الى النية لا فرانها بالتحريمة المتاخرة
عن الطهارة قطعا وبانها مختصة بها بخلاف النية لعموم نسبتها الى جميع العبادات انتهى كلام الراد
يقول الفقير كون الطهارة اقدم من النية تحققا واختصاصها بها بخلاف النية انما يفيد
ان تقديم الطهارة على النية فقط لا تخصيص الطهارة بالتقديم من بين سائر شروطها
والكلام في الثاني دون الاول فالاولى ان يعلل بكثرة المباحث المتعلقة بالطهارة على ما لا يخفى
وانما افرد الطهارة مع كثرة الطهارات لان الاصل ان المصدر لا يثنى ولا يجمع
لكونه اسم جنس يشتمل جميع انواعها وافرادها فلا حاجة الى لفظ الجمع ومن جمعها
كصاحب الهداية وغيره نظر الى ان لها انواعا مختلفة فقصد الاشارة
الى تعدد انواعها بل قصد التصريح بها كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال
في شرح الهداية انما ذكر الطهارات بلفظ الجمع تصريحا لارادة انواع الطهارة لانها
لو ذكرت بلفظ المفرد لكان فهم الانواع على سبيل الاحتمال لا القطع لان الجنس يقع على الادنى
مع احتمال الكل وقال صاحب العناية انما جمع الطهارات نظرا الى انواعها ولا يشكل
بالصلاة والزكاة لان الاتيان بالجمع في مثله احد الجائزين فلا يرد تركه نقضا يقول
الفقير وبهذا البسط والبيان ظهر سقوط رد صاحب الاصلاح والايضاح هنا على
الوقاية بتغيير لفظ الطهارة الى الطهارات ورده على صدر الشريعة ايضا بقوله
فان قلت الطهارة اسم جنس يشتمل الانواع والافراد فلا حاجة الى لفظ الجمع قلت
بل الحاجة اليه قائمة فانه لو اتى بلفظ الواحد لما دل على ان هنا اجناسا يشملها الطهارة
فجمع ليدل على ذلك انتهى وذلك لان الدلالة على ذلك في العنوان ليس بامر واجب حتى يلزم
لاجلها الاحتياج الى الاتيان بلفظ الجمع بل انما هي من احد الجائزين فمن نظر الى ذلك اتى
بلفظ الجمع ومن نظر الى ان الاصل في المصدر ان لا يجمع اتى بلفظ المفرد واكتفى بافهام
تعدد انواع الطهارة من مسائل الاتية ثم انه يقول الفقير قولهم ان المصدر لا يثنى ولا يجمع
لكونه اسم جنس كلام تلقته العلماء بالقبول وهو مشعر بان المصدر يقع على الاثنين كما يقع
على الجمع وهو بظاهره ينافي قولهم ان اسم الجنس فرد لا يقع على العدد المحض كالاثنين
بل انما يقع على الواحد اما حقيقيا او اعتباريا على ما صرح به ائمة الاصول فتدبر تعرف جوابه

كتاب الطهارة

الكتاب في اللغة اما مصدر بمعنى الجمع كالخطاب سمي به المفعول للمبالغة او فعال بمعنى المفعول كاللباس
وفي الشريعة عبارة عن طائفة من المسائل اعتبرت مستقلة شملت انواعا او لم تشمل
والطهارة في اللغة النظافة وفي الشريعة ازالة النجاسة الحقيقية والحكمية بمزيلها شرعا
كالماء او شرعا كالتراب عما يتعلق به الصلاة كالبدن والثوب والمكان كذا قالوا ورد بعضهم
حيث قال الطهارة في الشرع نظافة المحل عن النجاسة حقيقية كانت او حكمية سواء كان
ذلك المحل يتعلق بالصلاة كالبدن والثوب والمكان او لم يتعلق كالاواني والاطعمة
ومن خصه بالاول فقد اخطأ انتهى وقال المولى الفاضل الشهير بقاضي زاده في تعليقاته على
صدر الشريعة التخصيص بالاول صحيح ورد ذلك البعض ساقط لان نظافة مثل الاواني
والاطعمة مما لا تعلق له بالصلاة ومرادهم تعريف الطهارة المتعلقة بالصلاة لا
مطلق الطهارة وهذا ظاهر لا ريبة فيه يقول الفقير لو كان مرادهم تعريف الطهارة المخصوصة
لا تعريف مطلق الطهارة لم يذكروا في كتبهم كتاب الطهارة كيفية طهارة السيف
والمرآة ونحو ذلك وغيرها اللهم الا ان يقال انه استطرادي كما ينبه عليه تدبر
قيل اضافة الكتاب الى الطهارة من قبيل اضافة خاتم فضة ويحتمل ان يكون بمعنى اللام
وقال بعض الفضلاء في كون الاضافة من قبيل خاتم فضة بحث اذ لا بد فيها من كون المضاف اليه
مبينا للمضاف وهو هنا غير متصور فان المراد بالطهارة هنا ازالة النجاسة حقيقية
كانت او حكمية وبالكتاب طائفة من المسائل الفقهية فاين يصح حمل الاولى على الاخرى
حتى يتصور ان يكون المضاف اليه مبينا للمضاف لا يقال يجوز ان يكون تقدير الكلام
كتاب مسائل الطهارة كما ذكره المولى الشهير بابن ملك فيصح البيان لانا نقول لا يصح ايضا
اذ يصير اضافة الكتاب الى المسائل لا الى الطهارة والكلام في كون اضافته الى الطهارة
بمعنى من ويحتمل ان يكون هذه الاضافة بمعنى في اذ يصح ان يقال هذا الكتاب في الطهارة
بناء على التوسع الشائع كما يقال هذه الاية في تحريم الخمر وتلك القصيدة في مدح فلان
اي في بيانهما وشانهما على ما حققه الفاضل الشريف في اوائل شرح المفتاح انتهى ما قاله
يقول الفقير ان شئت تفصيل المقام فاستمع لما نتلو عليك من كلام الفاضل مولانا المولى
اعلانا عبد الرحمن الجلبي قدس سره وهو هذا اعلم ان المضاف اليه اما مباين للمضاف
نحو ان كان ظرفا له فالاضافة بمعنى في والا فهي بمعنى اللام واما مساو كليث واسد او اعم مطلقا
كاحد اليوم فالاضافة على التقديرين ممتنعة لعدم الفائدة واما اخص مطلقا كيوم الاحد
وعلم الفقه وشجر الاراك فالاضافة بمعنى اللام واما اخص من وجه فان كان المضاف اليه اصلا
للمضاف فالاضافة بمعنى من والا فهي ايضا بمعنى اللام فاضافة خاتم الفضة بيانية واضافة فضة
الخاتم بمعنى اللام كما يقال فضة خاتمك خير من فضة خاتمي ثم قال واعلم انه لا يلزم فيما هو بمعنى اللام
ان يصح التصريح بها بل يكفي افادة الاختصاص الذي هو مدلول اللام فقولك يوم الاحد وعلم الفقه
وشجر الاراك بمعنى اللام مع انه لا يصح اظهار اللام فيه وقال الفاضل عصام الدين عليه الرحمة في حاشية
الاطول بحسب المعنى ان يكون اضافة اليوم الى الاحد والعلم الى الفقه والشجر الى الاراك بيانية واظهار اللام
فيها خال عن التكلف الا ان ائمة العرب جعلوها لامية ولم يظهر باعثهم اليه وكذا الاضافة في كل رجل
اي كل هو رجل ويصح حمل المضاف على كل مع انه متعدد لانه متناول للمتعدد على سبيل البدل انتهى كلامه
اذا تقرر هذا فالكتاب لا يخلو اما ان يكون عبارة عن الالفاظ او المعاني او النقوش او عن مجموع هذه الامور
او عن اثنين منها فهذه سبع احتمالات فان كان الاول فلا يناسب ان يكون الاضافة بمعنى في
بتقدير البيان او بتقدير ان الظرفية والمظروفية بين الالفاظ والمعاني مجازية فيجوز ان يكون
كل منهما ظرفا للاخر باعتبار وان كان الثاني يكون الاضافة من قبيل اضافة العام الى الخاص
وان كان الثالث فالاضافة كالاضافة في الاول ويعلم هنا بيان الاضافة في الوجوه الاربعة الاخيرة

قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلوة فاغسلوا
وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلكم
إلى الكعبين تبركاً بتقديم الآية الدالة على فرضية الوضوء على حكمها وإن كان القاعدة
في الدعاوى تقديم المدعى ومعنى إذا قمتم إلى الصلاة إذا أردتم القيام إلى الصلاة على طريق ذكر
المسبب وإرادة السبب الخاص وذلك مجاز شايع كذا في العناية وسائر شروح الهداية
وغيرها أخذاً من التفاسير وقال المحشي الفاضل المعروف بيعقوب باشا بعد نقل المقام ههنا
وفيه كلام وهو أنه لا حاجة إليه إذ يقال قام إلى الشيء أي توجه إليه وقصده نحو انتهى
يقول الفقير فيه بحث لأنه إن أراد أنه يقال قام إليه بمعنى توجه إليه على طريق الحقيقة فممنوع
وإن أراد أنه يقال قام إليه ويراد المعنى المذكور بطريق المجاز فمسلم لكن لا نسلم صحة هنا
التجوز على النحو المذكور حتى يرد عليه أن يقال لا حاجة إليه عنده مساغ الحمل على هذا
بل التجوز في كتب التفاسير بجمان الأول حتى أن صاحب الكشاف فسر الآية المذكورة بالمعنى الأول
وبينه بالأمر بحيله ثم قال وقيل ومعنى قمتم إلى الصلاة قصدتموها لأن من توجه إلى الشيء
وقام إليه كان قاصداً له لا محالة فعبر عن القصد له بالقيام إليه وقال الفاضل التفتازاني
في حاشية الكشاف وفي ذلك المقام لا خفاء ولا خلاف في أن ليس وجوب الوضوء
في حال القيام لا الصلاة لأنه إن أريد به مباشرة الصلاة عقيب القيام يلزم أن يكون
الوضوء في الصلاة أو بعدها وإن أريد القيام المنتهي إلى الصلاة يلزم أن يكون الوضوء
متصلاً بالصلاة بعد القيام فجعل القيام مجازاً عن إرادة فعلاقة كونه سبباً
أو عن قصد الصلاة بلا فرق كونه من لوازم التوجه إلى الصلاة فعبر عن اللازم بالملزوم
ثم قال واختار الوجه الأول لأن في الثاني نوع تكلف فإن قيل لم ذكر الله تعالى
ههنا بإذا وفي الطهارة الكبرى بأن حيث قال وإن كنتم جنباً فاطهروا ولم يعكس
أو لم يذكر بإذا فيهما أو بأن فيهما قلنا لأن إذا يستعمل في الأشياء الغالبة الوجود
والقيام إلى الصلاة بالنسبة إلى ديانة المسلم كذلك بخلاف إن فإنها تستعمل
في الأشياء المترددة الوجود والجنابة كذلك ثم قال بعضهم أن في الآية التفاتاً
من ظاهر لفظ الذين آمنوا إلى خطاب قمتم وليس كذلك لأن كلام الغيبة
والخطاب هنا في محله فقوله هذا البعض خروج عن قانون العربية وهو ظاهر لمن له أدنى
دربة في قواعد العربية ثم إن ظاهر الآية يوجب الوضوء على كل قائم إلى الصلاة
وإن لم يكن محدثاً والإجماع على خلافه لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى
الصلوات الخمس بوضوء واحد يوم الفتح فقال عمر رضي الله عنه صنعت شيئاً
لم تكن صنعته فقال صلى الله عليه وسلم عمداً فعلته يا عمر فقيل مطلق أريد به
التقييد والمعنى إذا قمتم إلى الصلاة وأنتم محدثون وقيل الأمر فيه للندب
وقيل كان ذلك في أول الأمر ثم نسخ وقال المولى الفاضل الشهير بقاضي زاده
وهو ضعيف لقوله عليه السلام المائدة آخر القرآن فأحلوا حلالها
وحرموا حرامها كذا في تفسير البيضاوي وغيره فإن قيل فقد ظهر مما ذكرنا
أن الحدث شرط للطهارة ولا يخفى أن الطهارة شرط للصلاة
فيكون الحدث شرطاً للصلاة لأن شرط الشرط شرط مع أنه ينافيها
قلنا إن شرط الصلاة وجود الطهارة لا وجوبها والحدث شرط
لوجوب الطهارة لا لوجودها فلا يتكرر الأوسط ولا يلزم كون الحدث
شرطاً للصلاة فإن قيل إن الحدث علة لانتقاض الطهارة فكيف يكون شرطاً
لوجوبها قلنا إنه علة لانتقاض الطهارة التي كانت وشرط
لوجوب الطهارة التي ستكون فلا منافاة بينهما

ثم قيل هذه الآية مدنية وقد فرضت الصلاة بمكة فيلزم كون الصلاة بلا وضوء إلى حين نزلت
وأجيب بوجوه أحدها منع بطلان اللازم بتجويز الصلاة بلا وضوء قبل تحقق توقيفها عليه
من جهة الشارع وثانيها جواز ثبوت الوضوء بالوحي الغير المتلو كتعليم جبريل عليه السلام
وثالثها جواز الأخذ من شرائع من قبلنا كما يدل عليه ما روي عنه عليه السلام حين توضأ
قال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي لا يقال إذا ثبت الوضوء بأحد هذه
الطرق فما فائدة نزول الآية لأنا نقول إن الوضوء لما لم يكن عبادة محضة بل وسيلة
للصلاة كان مظنة أن لا يعتني المسلمون بشأنه ويتسامحوا في رعاية أركانه فمست الحاجة
إلى نزول النص المتلو المتواتر السرمدي في كل زمان على كل الناس في حق الوضوء ولك أن تقول
لم لا يجوز أن يكون ثبوت نفس الوضوء بأحد هذه الوجوه المذكورة والآية إنما
نزلت لإثبات فرضية الوضوء لا لإثبات نفسه فلا إشكال وإنما قدم الوضوء
على سائر أنواع الطهارة لأنه أكثر ما يحتاج إليه المسلمون وأوفى فهو بالتقديم أولى
ففرض الوضوء غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس والفرض في اللغة القطع
والتقدير يقال فرض الخياط الثوب أي قطعه أو قدره وقد يكون بمعنى البيان
كقوله تعالى سورة أنزلناها وفرضناها أي بيناها وقد يكون بمعنى الإيجاب
قال بعضهم الفرض حقيقة في معنى التقدير لأنه غالب الاستعمال فيه لا سيما في الشرع
يقال فرض القاضي النفقة أي قدرها ويسمى الفرائض فرائض لكونها أسهاماً مقدرة
ولهذا ثبت أنه حقيقة فيه ثبت أنه مجاز في المعاني الباقية لأن اللفظ إذا دار بين
الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأنه قرينة واحدة في المجاز كافية وفي المشترك
يحتاج لإرادة كل من معانيه القرينة وفي الشرع ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه
وحكمه أن يستحق العقاب تاركه بغير عذر ويكفر جاحده ويطلق الفرض على ما يفوت
الجواز بفوته ولا ينجبر بجابر ويسمى الأول فرضاً قطعياً وفرضاً اعتقادياً والثاني فرضاً
عملياً وفرضاً اجتهادياً والمراد ههنا هو المعنى الأول لأنه قال وفاقاً لما في الهداية
ففرض الوضوء غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس غير مقيد فيهما بشيء من الحدود
الخلافية وكذا المسح لم يقيد فيه بربع الرأس ولا شك أن أصل المسح وغسل
الأعضاء الثلاثة قطعي لثبوته بالآية المذكورة إنما الخلاف في مقدار المسح
وحدود الأعضاء الثلاثة بخلاف ما ذكره صاحب الوقاية والكنز
فإنهما قالا فرض الوضوء غسل الوجه واليدين مقيداً بالحدود الخلافية
ومسح ربع الرأس لأنه لا يمكن أن يحمل الفرض في عبارتهما على المعنى الثاني
وإلا لما صح عند مسح ربع الرأس والحدود الخلافية من فرض الوضوء إذ لا يكفر
في شيء منها الجاحد لكونه مجتهداً فيه والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه قال
والمراد بالفرض ههنا هو المعنى الأول ثم جعل الحدود الخلافية ومسح ربع الرأس منه
وقال المحشي الفاضل أخي جلبي في حواشيه على صدر الشريعة بعدما عرف الفرض بأنه
ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ويكفر جاحده لا يقال من جملة الفرائض
مسح ربع الرأس ولا يكفر جاحده ولا يأثم لأنه مجتهد كمالك والشافعي وغيرهما
لأنا نقول الجاحد من لا يكون متأولاً وكل من هؤلاء الأجلاء الذين قال بعضهم
بالاستيعاب وبعضهم بالأقل كالشعرة والشعرتين وبعضهم بالأكثر لا يعد جاحداً
لأن كل واحد منهم متأول انتهى يقول الفقير ليس السؤال بوارد حتى
يحتاج إلى الجواب بما ذكره لأن المراد بالفرض في عبارة الوقاية
هو الفرض الاجتهادي على ما بيناه فيكون مسح ربع الرأس مما لا يكفر
جاحده لا بغيره لأن حال الفرض الاجتهادي هكذا

والوجه ما بين قصاص الشعر واسفل الذقن وشحمة الاذنين قال صاحب العناية
وفي الديوان قصاص الشعر بفتح القاف وضمها بمعنى وهو منتهاه في الراس وفي المغرب والذقن
بالتحريك مجمع اللحيين جمع اذقان وشحمة الاذن معلق القرط وكذا في القاموس
قال صاحب الهداية وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن
لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها انتهى قال صاحب العناية واعترض عليه
بان الثلاثي لا يكون مشتقا من المشعبة وليس بشيء لان ذلك في الاشتقاق الصغير
واما في الاشتقاق الكبير وهو ان يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى
فهو جائز انتهى وقال المولى الفاضل سعدي افندي المرحوم والقول باشتقاق الثلاثي
من المزيد اذا كان المزيد اشهر في المعنى ليس بشيء كما جعلها صاحب الكشاف
الرعد مشتقا من الارتعاد لانه اشهر في الاضطراب انتهى وفي كلام صاحب النهاية
اشارة اليه بل تصريح به حيث قال غرضهم من ذكر الاشتقاق بيان حقيقة معنى
تلك الكلمة فجاز ان يكون المشعبة اشهر واقرب الى الفهم من الثلاثي فذكر اشتقاقها
فصح ذكر الاشتقاق لا يضاح معناه وان لم يكن المشعبة اصلا له
فيفرض غسل ما بين العذار والاذنين خلافا لابي يوسف
عذار اللحية جانباها استعير من عذار اللجام وهما ما على خديهما من اللحم وما بينه
وبين الاذنين البياض الذي بين العذار والاذن فيفرض غسله لان ما تحت الشعر
انما لم يفرض غسله لاستتاره بالشعر فكانه خرج عن كونه وجها ولا استتار فيما
وراء العذار الى الاذن فيحتسب من الوجه خلافا لابي يوسف لان البشرة التي
تحت الشعر في العذار اذا لم يجب غسلها فما وراءها وهو البياض اولى
ان لا يجب وان كان انثى او امرد فغسله واجب اتفاقا
والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل الجمهور على دخول المرفقين والكعبين
في المغسول ولذلك قيل كلمة الى في الاية بمعنى مع كقوله تعالى ويزدكم قوة
الى قوتكم وقيل كلمة الى تفيد الغاية مطلقا واما دخولها في الحكم او خروجها عنه
فلا دلالة لها عليهما وانما يعلم ذلك من خارج ولما لم يكن في الاية دليل وكانت الايدي
متناولة للمرفقين والارجل متناولة للكعبين حكم بدخول الغاية في الحكم احتياطا
كذا في تفسير البيضاوي وعند الكعب هو العظم الناتئ المتصل بعظم الساق
من طرفي القدم لا ما روى هشام عن محمد انه المفصل الذي هو في وسط القدم
عند معقد الشراك لانه في كل رجل واحد كالمرفق في اليد وقد ثنى الكعب في الاية
فتعين ان المراد الاول والا لم يظهر العدول الى التثنية فائدة وههنا سؤال
وجواب تركناهما فليطلب من الدرر وغيره والمفروض في مسح الراس قدر الربع
والمراد بالفرض ههنا وفي قوله فيفرض غسل ما بين العذار وفي قوله يفرض
ربع اللحية الفرض الاجتهادي لا المعنى الاول على ما بين وقيل يجزي وضع ثلاث اصابع
قال في الهداية وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلاثة اصابع من اصابع اليد
وخطأه بعضهم مبالغة حيث قال ولا يخفى ان الصحيح بثلاث اصابع لان الاصبع مؤنث سماعي
يقول الفقير الحقير مخطئ لان لفظ الاصبع يؤنث ويذكر قال في الصحاح الاصبع يؤنث
ويذكر وقال في القاموس الاصبع مثلثة الهمزة وقد يذكر فقد ظهر ان ثلاثة اصابع
ايضا صحيح ثم اعلم ان مسألة مسح الراس في المقدار مختلفة في ثلاث روايات عن اصحابنا
احدها مقدار الناصية وهو ربع الراس والاخر مسح مقدار ثلاث اصابع
وقول الشافعي وهو ادنى ما يطلق عليه اسم المسح وهو شعرة او ثلاث شعرات وقول
مالك وهو مسح جميع الراس وقول الحسن البصري هو مسح اكثر الراس كما ذكر في النهاية

قال صاحب الاصلاح والايضاح

قال صاحب الاصلاح والايضاح اعلم ان العلماء قد اختلفوا في مقدار المفروض من الراس
ففي اصحابنا فيه ثلاث روايات في ظاهر الرواية مقدر بثلاث اصابع من اليد مطلقا
وفي اختلاف زفر ويعقوب مقدر بربع الراس وذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي والشيخ
ابو جعفر الطحاوي مقدار الناصية ثم قال انهما نقلاه فمن فرضها على الاثنين فرق
بين التقدير بالربع والتقدير بالناصية لم يصب انتهى قال الفاضل الشهير بقاضي زاده في
تعليقه على صدر الشريعة قلت فيه نظر اذ لا يفهم مما نقله من الاقوال ان يكون الروايات
من اصحابنا ثلاثا بحسب الحقيقة والمعنى فان ما ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي والشيخ ابو
جعفر الطحاوي من مقدار الناصية هو مقدار ربع الراس بعينه يرشدك اليه قول صاحب
والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس حيث فسر مقدار الناصية
بربع الراس فلم يكن ما ذكره الشيخان رواية مغايرة لرواية ربع الراس في المعنى بل في اللفظ
فقط وانما يتوهم المغايرة لو كان ما ذكراه هو الناصية لا مقدار الناصية فمن فرق الروا
من اصحابنا في مقدار مسح الراس على الاثنين فقد نظر الى الاتحاد المعنوي بين العبارتين
واصاب ثم اجزاء وضع ثلاث اصابع من المسح بالاتفاق في رواية وفي بعضها يجزئ عند محمد
مدها او لم يمدها لانها اكثر اصابع اليد فاقيم مقام الكل وعندهما لا يجزئ لان المعتبر
ربع الراس وهذا لا يحصل بوضع ثلاث اصابع كذا في ابن الملك ولو مد اصبعا او
اصبعين لم يجز يعني لو وضع اصبعا على رأسه فمدها مقدار ربع الراس لم يجز
عندنا خلافا لزفر وكذا الخلاف بين الاصبعين اذا مدها كذلك لكن لو مسح
بالابهام والسبابة مع ما بينهما من الكف يجوز عندنا مع انه يصح ان يقال مسح بالاصبعين
فيقيد بالمد لانه لو مسح باصبع واحدة ببناه في مواضع جاز اتفاقا ولو مسح باصبع
واحدة بجوانبها الاربع لا يجوز اتفاقا في الاصح ودليل زفر ان الماء لا يعطى له
حكم الاستعمال ما دام في محله وجميع الراس محل المسح فيجوز ولنا ان المسح حصل
بوضع الاصابع وبمدها انفصلت البلة عن المحل الممسوح حكما فصار مستعملا
فالمسح بعده يكون بماء غير طهور كذا في ابن الملك ويفرض ربع اللحية في رواية والاصح ما يلاقي
البشرة قال صدر الشريعة اما اللحية فعند ابي حنيفة مسح ربعها فرض لانه لما سقط
غسل ما تحتها من البشرة صار كالراس وعند ابي يوسف كلها فرض لانه لما سقط
غسل ما تحتها اقيم مسحها مقام غسل ما تحتها فيفرض مسح الكل بخلاف الراس فانه
لما غابا عن الشعر لا يجب غسل كله ولا مسح كله وقد ذكر ان المراد بالربع ربع ما
يلاقي البشرة الوجه منها اذ لا يجب ايصال الماء الى ما استرسل من الذقن في الحاشية
خلافا للشافعي وفي اشهر الروايتين عن ابي حنيفة مسح ما يستر البشرة فرض وهو الصحيح

وسننه

الظاهر انها على صيغة الافراد بقرينة قوله وفرض الوضوء بصيغة الافراد ايضا
ثم انه قد اختلفت عبارات المشايخ في تعريف السنة فقال قوام الدين الاتقاني
في غاية البيان السنة ما في فعله ثواب وتركه عتاب لا عقاب ثم قال وانما قلت في
تركه عتاب احترازا عن الفرض والواجب ثم قال وهذا التعريف ابدعه خاطري
في هذا المقام ثم قال وما قيل السنة الطريقة المسلوكة في الدين ففيه نظر انتهى
يقول الفقير الظاهر ان وجه النظر هو ان هذا التعريف ليس بمانع عن دخول الاغيار
لتناوله الواجب والفرض لان كل واحد منهما طريقة مسلوكة في الدين لا محالة
قال صاحب العناية هي الطريقة المسلوكة في الدين وحكمها ان يثاب على الفعل ويستحق اللائمة
على الترك لا غير انتهى يقول الفقير الظاهر ان يجعل قوله وحكمها الى اخره قيدا داخلا
في التعريف ليحترز به عن الواجب والفرض لكن هذا خلاف الظاهر لان سياق كلامه
يقتضي ان يتم التعريف عند قوله في الدين ثم بين حكمها بقوله وحكمها الى اخره

ولو قيل هي الطريقة المسلوكة في الدين ويثاب على الفعل آه لكان اولى واسلم
وما يدل على كون قوله وحكمها آه قيدا داخلا في التعريف وان كان خلاف الظاهر انه
انما زاد هذا القيد بعد ان راى نقل صاحب العناية فيما نقل ومن الجهود ما واظب عليه
النبي صلى الله عليه وسلم مع تركه احيانا وقد طعن فيه صاحب الاصلاح والايضاح حيث
بعد ذكره هذا هو المشهود في حدها المسطور في الكتب وفيه قصور لان ما واظب
عليه الخلفاء الراشدون ايضا من السنة الا ترى الى ما قال صاحب الهداية في التراويح
والاصح انها سنة لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون وقال صاحب النهاية
والدليل على كونها سنة قوله عليه السلام عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي
قال الفاضل قاضي زاده ليس هذا بشيء لانه ان اراد ان ما واظب عليه الخلفاء الراشدون
ايضا من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فممنوع جدا الا يرى الى قوله عليكم بسنتي وسنة
الراشدين من بعدي كيف جعل سنة الخلفاء الراشدين قسيما لسنة نفسه الكريمة
وان اراد ان سنة الخلفاء الراشدين ايضا من مطلق السنة فهو مسلم لكن
ما عرفه الجمهور سنة الرسول عليه السلام لا مطلق السنة وقد افصح عنه صاحب المحيط
حيث قال السنة سنتان سنة الرسول وسنة اصحابه فسنة الرسول هي الطريقة
المسلوكة التي فعلها الرسول عليه السلام وواظب عليها كركعتي الفجر و
الاربع قبل الظهر واشباههما وسنة الصحابة هي الطريقة التي سلكها الصحابة
وواظبوا عليها كالتراويح فانها ثبت انها سنة عمر لانه فعلها وواظب عليها انتهى ما
ذكره صاحب المحيط يقول الفقير ويمكن ان يقال ان التراويح وان لم تكن مما واظب
عليه النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الا انها مما واظب عليه حكما حيث بين العذر
في ترك المواظبة كما يشعر به قول صاحب الهداية والنبي عليه السلام بين العذر في تركه
وهو خشية ان يكتب علينا بعد قوله لانه واظب عليه الخلفاء الراشدون
وكذا يشعر به قول صاحب العناية في شرحه فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي
عليه السلام ولم يواظب اجاب بانه بين العذر في ترك المواظبة الخ فان المفهوم من قولهما
انه مما واظب عليه النبي صلى الله عليه وسلم حكما ببيان العذر اذ لو كان مجرد مواظبة الخلفاء
الراشدين كافيا في سنيتها لما احتيج الى قول صاحب الهداية والنبي عليه السلام
بين العذر ولما صح قول صاحب العناية فان قيل لو كانت سنة لواظب عليها النبي عليه السلام تأمل
وغسل اليدين الى الرسغين ابتداء لان اليد آلة التطهير فتسن البداية بتنظيفهما
وكونه الى الرسغ لوقوع الكفاية به والرسغ منتهى الكف وانما قال ابتداء
لان السنة غسلهما ابتداء واما نفس الغسل ففرض الى المرفقين والتسمية
قال الطحاوي والتسمية هي ان يقول في ابتداء الوضوء بسم الله العظيم والحمد لله
هو المنقول عن السلف وقيل انه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم استدل
على كونها سنة بقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله ووجه ذلك ان لا لنفي الجنس
فحقيقته تقتضي ان لا وضوء الا بالتسمية واليه ذهب احمد وجعل التسمية
من شروط الوضوء لكنا نقول المراد به نفي الفضيلة لئلا يلزم الزيادة على آية
الوضوء بخبر الواحد وقيل التسمية مستحبة قال صاحب الهداية والاصح انها مستحبة
وان سماها في الكتاب سنة لان السنة ما واظب عليه الرسول عليه السلام ولم تثبت
مواظبته عليها الا ترى ان عثمان وعليا حكيا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم ينقلا عنه التسمية ويسمي قبل الاستنجاء وبعده وقال صاحب الهداية هو الصحيح احترازا
عن قول آخرين وذلك انه قال بعضهم يسمي قبل الاستنجاء لما ان الاستنجاء سنة من سنن الوضوء فيسمي قبله
ليقع جميع افعال الوضوء مقرونا بالتسمية وقال بعضهم يسمي بعد الاستنجاء لا قبله حال كشف العورة
وذكر الله تعالى حال كشف العورة غير مستحب تعظيما لاسم الله تعالى قال فخر الدين قاضيخان والاصح انه يسمي مرتين

والسواك

والسواك اذا كان بمعنى المسواك الذي هو اسم للخشبة المعينة للاستياك فيحتاج الى
تقدير المضاف اي استعمال السواك مثلا لان السنة هي الاستياك لا نفسه وهو ظاهر
وان كان بمعنى المصدر كما نقله المحشي الشهير بيعقوب باشا عن ابن فارس من كتابه
المسمى بمقاييس اللغة فلا حاجة الى التقدير وهو الانسب لحصول المقصود بلا تكلف تقدير
ثم انه يستاك عرضا وطولا عند المضمضة لانه يطيب النكهة ويشد الاسنان
ويقوي المعدة على انه صلى الله عليه وسلم كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصابع
وغسل الفم بمياه والانف بمياه وانما قال بمياه ولم يقل ثلاثا ليدل على ان المسنون
التثليث بمياه جديدة وانما كرر قوله بمياه ليدل على تجديد الماء لكل منهما خلافا للشافعي
فان المسنون عنده ان يمضمض ويستنشق بغرفة واحدة ثم هكذا وهكذا
قال صاحب الاصلاح والايضاح اعلم ان المضمضة ليست غسل الفم وكذا الاستنشاق
ليس غسل الانف بل هي عبارة عن ادارة الماء في الفم وهو عبارة عن جذب الماء بالنفس
نص على ذلك في فصل الجنائز صاحب غاية البيان فمن بدلهما بغسل الفم والانف لم يصب
يقول الفقير قال صاحب غاية البيان في فصل الجنائز المضمضة ليست عبارة عن مجرد حصول
الماء في الفم وكذا الاستنشاق ليس عبارة عن مجرد حصول الماء في الانف انما المضمضة
ادارة الماء في فيه والاستنشاق جذب الماء بالنفس الى الانف ولا يحصلان في الميت فيسقطان انتهى
وظاهر ان غسل الفم وغسل الانف غير مجرد حصول الماء في الفم وغير مجرد حصول الماء في الانف
بل لا يكون غسل الفم الا بادارة الماء في الفم ولا يكون غسل الانف الا بجذب الماء بالنفس
الى الانف فيلزم لادارة الماء غسل الفم ولجذب الماء الى الانف غسل الانف فمن بدلهما بهما
اراد تسهيل فهمه على الطالبين لان غسل الفم والانف اقرب الى الفهم من المضمضة والاستنشاق
واصاب والظاهر انه غفل عن تعبير صاحب غاية البيان وزعم انه قال المضمضة ليست
غسل الفم وكذا الاستنشاق ليس غسل الانف فقال ما قال وماذا بعد الحق الا الضلال
بل هما عبارة عن نوعهما نعم وتخليل اللحية والاصابع هو المختار لان جبرائيل عليه السلام
امر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقيل هو في اللحية فضيلة عند الامام ومحمد
لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل له لعدم وجوب ايصال الماء اليه
بالاتفاق قال المولى الفاضل قاضي زاده في تعليقاته على صدر الشريعة قال عصام الدين
واعترض بان هذه الكلية منقوضة بغسل اليدين في ابتداء الوضوء فانه مكمل للفرض مع
لا مكمل اذ المكمل يكون زائدا على الاصل لا محالة وبالاستنجاء والمضمضة والاستنشاق
ومسح الاذنين واجيب اما عن غسل اليدين ابتداء فبان غسلهما في نفسه فرض
والسنية عائدة الى قيد الابتداء فالسنة تقديم غسلهما وهو لا يجانس فرضا
واما عن الاستنجاء فبانه تطهير الخبث والمفروض في الوضوء تطهير الحدث فلا تجانس بينهما
فيكون تطهير الخبث مكملا واما عن البواقي فبما ذكره الجمهور ان المراد بمحل الفرض محله
في الجملة وباعتبارها وداخل الفم والانف كذلك وكذا الاذنان لكونهما من الرأس بالحديث
ثم ان دليل كون تخليل الاصابع سنة قوله عليه السلام خللوا اصابعكم كيلا تتخللها
نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله كذا في الهداية قال صاحب العناية وقوله عليه السلام
خللوا اصابعكم لا يفيد الوجوب وان كان مقرونا بالوعيد لان حديث الاعرابي
والاخبار التي حكي فيها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير ذكر التخليل صرفه
عن افادة الوجوب والوعيد مصروف الى ما اذا لم يصل الماء بين الاصابع انتهى
قال الفاضل الشهير بقاضي زاده قلت فيه بحث وهو انه اذا لم يصل الماء
الى ما بين الاصابع يكون تخليلها فرضا على ما نص عليه في المعتبرات قال في
مبسوط شيخ الاسلام التخليل سنة بعد وصول الماء واما قبل الوصول ففرض
وقال في المحيط الاصابع اذا كانت مضمومة وتوضأ من الانا فتخليلها فرض بالاجماع الى غير ذلك

والكلام ههنا في سنية تخليل الاصابع والحديث المذكور مسوق لاثبات ذلك
فقوله عليه السلام خللوا اصابعكم ان كان مختصا بما اذا لم يصل الماء بين الاصابع
كما هو المتبادر من قوله كيلا تتخللها نار جهنم لا يتم اثبات السنية به كما لا يخفى
وان لم يكن مختصا به بل يكون عاما لما اذا وصل اليه لا يتم حرف قوله كيلا تتخللها
نار جهنم بما اذا لم يصل الماء الى ما بين الاصابع لان قوله كيلا تتخللها تعليل لقوله خللوا
اصابعكم فيلزم ان يكون العلة قاصرة عن افادة عموم معلولها كما لا يخفى انتهى
يقول الفقير وانت خبير بان ساحة النبي صلى الله عليه وسلم برية من ان تكون العلة التي
ذكرها قاصرة فيلزم ان يكون قوله عليه السلام خللوا اصابعكم مختصا بما اذا لم يصل
الماء بين الاصابع واذا كان كذلك بل تكون تعليل صاحب الهداية سنية تخليل الاصابع
بهذا الحديث منظورا فيه ويكون الانسب ان يقول المراد من تخليل الاصابع المبالغة
في ايصال الماء بين الاصابع بعد وصول الماء وعلى هذا يكفي لتعليله قوله ولانه اكمال
الفرض في محله من غير ذكر الحديث وتثليث الغسل لان النبي صلى الله عليه وسلم
توضأ مرة مرة اي غسل كل عضو مرة وقال هذا وضوء من لا يقبل الله تعالى الصلوة الا به
والمراد بالقبول الجواز وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر
مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا
او نقص فقد تعدى وظلم كذا في الهداية قال صاحب العناية رتب على الزيادة
والنقصان وعيدا وليس على ظاهره فلا بد من تاويل وهو من زاد على اعضاء الوضوء
او نقص عنها او زاد على الحد المحدود او نقص عنه او زاد على الثلاث معتقدا ان
كمال السنة لا يحصل بالثلاث فهو على ثلاثة اوجه وقوله فقد تعدى يرجع الى الزيادة
وقوله ظلم يرجع الى النقصان قال الله تعالى ولم يظلم منه شيئا اي لم ينقص ثم في
وقول صاحب الهداية والوعيد لعدم رؤيته سنة اشارة الى اختيار التاويل
يعني اذا زاد لطمأنينة القلب عند الشك او بنية وضوء اخر فلا بأس فان الوضوء
على الوضوء نور على نور وقد امر بترك ما يريبه الى ما لا يريبه انتهى يقول الفقير اقتصر
في الوجه الثالث على توجيه الزيادة بقوله او زاد على الثلاث معتقدا ان
كمال السنة لا يحصل بالثلاث ولم يذكر توجيه النقص في الوجه الثالث
ولا بد منه كما في الوجهين الاولين على انه يمكن ان يقال فمن نقص او زاد معتقدا
ان كمال السنة لا يحصل به بل يحصل بالنقص والزيادة تدبر
والنية اي النية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي فرض لانه عبادة فلا يصح بلا
النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلاة لوقوعه
طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حال ارادة
الصلاة والحال انه ينبئ عن القصد والترتيب المنصوص وهو فرض
عند الشافعي لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيفرض تقديم غسل الوجه فيفرض
الباقي مرتبا لان تقديم غسل الوجه مع عدم الترتيب في الباقي خلاف الاجماع
قلنا المذكور بعده حرف الواو والمراد فاغسلوا هذا المجموع فلا دلالة
على تقديم الوجه كذا في صدر الشريعة يريد ان الفاء داخلة على غسل
مجموع الاعضاء الثلاثة لا على غسل الوجه فقط وعلى مجموع الغسل والمسح
لا الغسل وحده فلا دلالة في الاية على وجوب الترتيب اصلا كما لا دلالة
في قول الرجل لعبده اذا جاء غد فاشتر لحما وخبزا وقوله تعالى اذا نودي
للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع حتى يعد
العبد ممتثلا بشراء الخبز قبل اللحم وبجواز ترك البيع قبل السعي
بل مقتضاها اعقاب مجموع غسل جملة الاعضاء الثلاثة ومسح الراس

ثلث

فقوله صدر الشريعة

فقوله صدر الشريعة فاغسلوا هذا المجموع اما الاقتصار بناء على انه المبالغة في تعليل
الاعضاء يرشد الى البناء فيهما لطف الغسل والمسح واما التعبير بالغسل والمسح
تغليبا لكن الثاني احسن كما لا يخفى وههنا ابحاث كثيرة ذكرت في حواشي صدر الشريعة
فليطلب منها وقال صاحب الاصلاح والايضاح المراد من المنصوص التنصيص من قبل
الشارع وذلك انه عليه السلام لما بين الترتيب المنصوص بفعله حيث واظب عليه
كان فعله ذلك نصا من قبيل السنة الفعلية لا التنصيص في اية الوضوء لانها خالية عن الدلالة
عليه عندنا وهل المشاجرة بيننا وبين المخالفين الا فيه فان قلت اليس قد ذكر
في النص المذكور مرتبا قلنا بلى ولكن الترتيب في الذكر لا يدل على الترتيب في الوجود
ولذلك لم يتمسك المخالف به بل تمسك بحرف الفاء ورد عليه بانها داخلة في المجموع
لا في غسل الوجه وحده ولا يخفى عليك ان مبنى الاحتجاج على ان يكون وضع الفاء
الجزائية للتعقيب بدون الفصل ولم يثبت ذلك كيف ولو كان كذلك لما
صح الفصل بين القصد الى الصلاة والوضوء بل اخر انتهى واستيعاب الراس بالمسح
وكيفيته ان يضع كفيه واصابعه على مقدم راسه ويمدهما الى قفاه على وجه يستوعب
جميع الراس قال صاحب [illegible] وما قال بعضهم من انه يجافي كفيه تحرزا عن الاستعمال
لا يفيد اذ لا بد من الوضع والمد فان كان مستعملا بالوضع الاول فكذا بالثاني
فلا يفيد تاخيره وايضا اتفقوا على ان الماء ما دام في العضو لا يكون مستعملا
وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول
وقد ورد ان عبد خير حكى ان عليا رضي الله عنه توضأ فغسل اعضاءه ثلثا
ومسح راسه مرة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي صحيح البخاري
مثل هذا وقيل هذه الثلاثة مستحبة وجعل صاحب الهداية كونها مستحبة
رواية عن القدوري واختار نفسه كونها سنة جميعا وجعل صاحب المختار
اثنين منها سنة وهما النية والترتيب وجعل استيعاب الراس مستحبا والولاء
اي غسل الاعضاء على التعاقب بحيث لا يجف العضو الاول وعند مالك فرض
وقال ابن ملك في شرح المجمع الولاء ليس بشرط عندنا خلافا لمالك
لانه صلى الله عليه وسلم واظب عليه ولنا انه تعالى ذكر اعضاء الوضوء
في الاية بالواو وهو لا يدل على الولاء فمن شرطه فقد زاد على النص بخبر الواحد
والزيادة نسخ فلا يجوز بل ههنا كلام وقال المحشي الفاضل يعقوب باشا
بعد نقل قوله ولنا انه اه في كلامه هو انهم قد صرحوا بان خبر الواحد
يفيد الوجوب وانه لا يفيد الفرضية بخبر الواحد فلا يثبت السنية بما ذكره كما
لا يخفى انتهى يقول الفقير ليس هنا محل تأمل لان ما ذكره ابن ملك في دليل [illegible]
يريد به الاحتجاج على مالك حيث قال بفرضية الولاء في الوضوء يرشد اليه
قوله فمن شرطه زاد على النص بخبر الواحد لا دليل تحقيقي يقصد به اثبات
سنية الولاء من غير نظر الى الزام الخصم وانما الدليل التحقيقي ما اشار
اليه صدر الشريعة بقوله والدليل على كون الامور المذكورة سنة مواظبة النبي عليه السلام
من غير دليل على فرضيتها يعني مواظبة النبي عليه السلام ومواظبته على هذه الامور
مع الترك احيانا نعم يرد على قوله انه عليه السلام واظب عليه انه لا يدل
على مدعى مالك لان المواظبة ان كانت مع الترك احيانا كما هو الواقع فيما نحن
فيه لا تدل على السنية وان كانت بدون الترك اصلا فانما تدل على الوجوب
دون الفرضية فلا يثبت مدعى مالك بما ذكره على كل حال ومسح الاذنين على الراس
في الهداية وهو سنة بماء الراس عندنا خلافا للشافعي قال في الكافي
قال الشافعي يأخذ لهما ماء جديدا لانهما باطن الراس حتى لا ينوب بهما وظيفة الراس

المشاجرة المخاصمة ومنه قوله تعالى فيما شجر بينهم

ولنا قوله عليه السلام الاذنان من الرأس اريد به بيان الحكم
لانه عليه السلام لم يبعث لبيان الخلقة فثبت انهما من اجزاء الرأس حكما
ولو كانا من اجزائه حقيقة لسقط اقامة وظيفتها بما واحد كسائر الاجزاء هنا
ثم انه قيل فعلى هذا ينبغي ان يجزئ مسحهما عن مسح الرأس ولنا فرضية مسح الرأس
ثبتت بالكتاب وكون الاذنين من الرأس ثبت بخبر الواحد فلا يقع عما ثبت
بالكتاب كما ان التوجه الى الحطيم لا يجزئ عن التوجه الى البيت لان كون
الحطيم من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه الى البيت ثابت بالكتاب
فلا يجزئ عما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به انتهى درر
قال الفاضل الشهير بقاضي زاده لقائل ان يقول لا يتوجه السؤال المذكور
اذ المفروض في مسح الرأس عندنا مقدار ربع الرأس والاذنان ليستا مقدار
ربع الرأس حتى يجزئ مسحهما عن مسح الرأس يقول الفقير يمكن ان يقال المراد
بما في السؤال المزبور انه ينبغي ان يجزئ مسحهما منضما اليهما شيء من الرأس حتى
يكون المجموع مقدار مسح ربع الرأس مع انه ليس كذلك اذ لا يدخل الاذنين
في اداء فرض مسح الرأس اصلا ثم اعلم انه قال في الخلاصة السنة ان يمسح
الاذنين فرضه ولا يلحق للاذنين ماء جديدا ولو فعل حسن انتهى
قال الفاضل قاضي زاده قلت فيه اشكال فانه لا شك ان السنة في مسح
الاذنين عند ان لا يكون بماء الرأس لا بماء جديد وتقرر ذلك في عامة المتون
الشروح كان اخذهما الماء الجديد لمسح الاذنين تركا للسنة فكيف يكون فعله حسنا انتهى
ومستحبه التيامن
اي الابتداء باليمين في غسل الاعضاء قال صدر الشريعة فان قلت لا شك ان النبي
صلى الله عليه وسلم واظب على التيامن في غسل الاعضاء ولم يرو احد انه بدأ بالشمال
فينبغي ان يكون سنة قال المولى قاضي زاده ولقائل ان يقول ينبغي ان يكون
لان المواظبة بدون الترك دليل الوجوب والحال انه لم يرو احد انه بدأ بالشمال
والجواب ان عدم رواية البدء بالشمال ليس رواية لعدم البدء بالشمال
لان عدم ثبوت شيء لشيء ليس ثبوتا لعدمه والمواظبة بدون الترك انما ثبت
برواية انه لم يبدأ بالشمال قط ولم يرو ذلك واعتبار المواظبة المطلقة وهي
ليست بدليل الوجوب انتهى ما ذكره الفاضل قاضي زاده ثم انه اجاب
صدر الشريعة عن اصل السؤال بقوله قلت السنة ما واظب النبي عليه السلام
مع الترك احيانا فان المواظبة المذكورة ان كانت على سبيل العبادة فسنن الهدى
وان كانت على سبيل العادة فسنن الزوائد كالاكل باليمين ولبس الثياب
وتقديم الرجل اليمنى في الدخول ونحو ذلك وكلامنا في الاول فمواظبة النبي
على التيامن من قبيل الثاني ويفهم هنا من تعليل صاحب الهداية بقوله عليه السلام
ان الله يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل ووجه الفهم منه انه عد فيه
لا ريبة في كونهما عاديا كالتنعل والترجل التنعل لبس النعل والترجل تسريح الشعر واللحية بالمشط
وتفريع بنزع الخف قبل الرجل حفظا لان السنة في النزع ان يبدأ باليسار كذا في
الغاية قال المحشي المعروف بيعقوب باشا بيان مراد صدر الشريعة بقوله
يفرق بين سنن الهدى وسنن العادة لا يخفى انه على هذا ينبغي ان يكون مسح الرقبة سنة
لانه عبادة كسائر سنن الوضوء انتهى قال الفاضل قاضي زاده ليس هنا لان مجرد
كون الشيء عبادة لا يكفي في كونه سنة بل لا بد ايضا من ان يواظب عليه وهو اظهر
على مسح الرقبة مما لم يثبت قط فلا وجه لكونه سنة ومسح الرقبة يعني
الرقبة مستحب الا الحلقوم فانه مسحه بدعة كذا في الفتاوى الظهيرية

كلبس الثياب والاكل باليمين صح

النعل لبس النعلين صح

والمعاني الناقضة لما فرغ من بيان الوضوء فروضه وسننه ومستحباته بدأ ببيان ما فيه
من العوارض اذ العارض تالي الاصل ثم النقض متى اضيف الى الاجسام يراد به ابطال تأليفها
ومتى اضيف الى المعاني يراد به اخراجها عما هو المطلوب منها كاستباحة الصلاة في الوضوء
كذا في النهاية وغيره خروج شيء من احد السبيلين سواء كان معتادا او غير معتاد كالدود
سوى ريح القبل والذكر لانها لا تنبعث عن محل النجاسة قال صدر الشريعة
في شرح قول تاج الشريعة ما خرج من السبيلين سواء كان معتادا او غير معتاد ثم قال فيها
ان الدودة الخارجة من الاحليل لا ينقض الوضوء فناقض آخر كلامه اوله
قال المولى قاضي زاده قلت الملخص في ذلك هو ان في الريح الخارجة من قبل المرأة وذكر الرجل
قولين كما اشار اليه صدر الشريعة بقوله وفيه اختلاف المشايخ احدهما انها غير ناقضة
وهو اشهر الروايتين والمأخوذ في اكثر المعتبرات وثانيهما انها ناقضة يجب الوضوء بها وهو المروي
كما صرح به في الخلاصة والكافي وغيرهما فذهب صدر الشريعة هنا الى تعميم الناقض للمعتاد
وغير المعتاد مطلقا احتياطا في امر الوضوء ونظرا الى عموم كلمة ما في قول المصنف وناقضه
ما خرج من السبيلين وغير هذا لصاحب الهداية وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره
وذكر فيما سيأتي ان الدودة الخارجة من الاحليل لا تنقض الوضوء بناء على احد
يقول الفقير كلام المولى قاضي زاده ههنا لا يخلو عن شيء لانهم صرحوا بان الدودة الخارجة
من الاحليل لا تنقض اتفاقا انما الاختلاف في الخارجة من القبل في الريح الخارجة مطلقا
وكلامه يشعر بالاختلاف في الدودة الخارجة من الاحليل وايراد صاحب الاصلاح
على صدر الشريعة وارد وما ذكره المولى المذكور لا يدفعه على انه قال في اول كلامه ان في الريح الخارجة
من قبل المرأة وذكر الرجل قولين ثم ساق الكلام الى الدودة وقد علمت ما فيها والحاصل
انه جعل المقام مشوشا مختلا وعن بصدد بيان ملخصه تدبر ثم ان صاحب الاصلاح
قال في شرح هذا المقام المراد ما اعتاد خروجه وان لم يخرج على الوجه المعتاد وقال
لا يتوهم التخصيص بالخارج المعتاد اخراجا للريح الخارجة من الذكر ومن القبل الحج
لانها لا تنقض الوضوء نص عليه في الهداية ومن التعميم للخروج لا على وجه المعتاد اذ خلا
لدم الاستحاضة وما خرج من دودة من البلة فيه ثم قال فافهم هذا الاعتبار الدقيق فانه
قد ذهب على كثير من الناظرين في هذا المقام انتهى قال المولى قاضي زاده هنا اي بعد
على تقدير التخصيص بالخارج المعتاد يخرج كثير من نواقض الوضوء من الحد المذكور منها الدم
الخارج من الدبر فانها ليست من قبيل الخارج المعتاد بلا ريب مع انها ناقضة للوضوء بلا
كما صرح به في عامة الكتب وكذا الحال في الدم والقيح والصديد الخارجة من الدبر والقبل
اذ ليس شيء منها من قبيل الخارج المعتاد مع انها ناقضة للوضوء بلا ريب يقول الفقير لكون
الدم والقيح والصديد الخارجة منهما من قبيل الخارج الغير المعتاد بحث لان خروجها عن داء
فيهما وخروجها من الداء معتاد مطلقا تدبر ثم قال المولى المزبور ثم ان جعل دم الاستحاضة
في الخارج المعتاد تحكم بحيث لم يقل به احد حتى ان نفس ذلك القائل ايضا صرح في شرح الهداية
بان دم الاستحاضة من الخارج الغير المعتاد انتهى وخروج نجس الرواية النجس بفتح الجيم وهو عين
واما بكسر الجيم فما لا يكون طاهرا هذا في اصطلاح الفقهاء واما في اللغة فيقال نجس الشيء ينجس
فهو نجس ونجس بالفتح والكسر من البدن ان سال نفسه اي سال بقوة نفسه لا بالعصر وكان سيلانه
الى ما يلحقه حكم التطهير وهو من اضافة الجنس الى النوع كقوله تعالى وحب الحصيد
اي يلحقه التطهير والمراد ان يجب تطهيره في الجملة اما في الوضوء او الغسل حتى لو سال الدم من الرأس الى
قصبة الانف انتقض الوضوء بخلاف البول اذا نزل الى قصبة الذكر ولم يظهر لان النجاسة هنالك لم تصل
الى موضع يجب تطهيره وفي الانف وصلت الى ذلك اذ الاستنشاق فرض في الجنابة
وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قاء فلم يتوضأ ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل اخرجه الدارقطني

او

الروايتين

نفاق

علم طب

ووجه الاستدلال ان مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوب كما في قوله عليه السلام في خمس من الابل
ولا خلاف في فرضيته وقوله عليه السلام الماء من الماء ومعنى الحديث توضؤا من كل دم سائل
وانما عبر بلفظ الخبر لكونه آكد في الدلالة على الوجوب كانه امر فامتثل امره فاخبر عن ذلك وهو
كونه واجبا فان الآمر اذا كان ممن لا يكذب في كلامه يعبر عن مطلوبه بلفظ الخبر تاكيدا للطلب
لان في تركه تكذيبا له وهو ممن لا يكذب على ما عرف في موضعه والقيء ملء الفم وهو ان يكون
بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء ولو طعاما او ماء او مرة او علقا
المرة بالكسر الصفراء والعلق بفتحتين الغليظ من الدم منعقدة لكن المراد ههنا السوداء لانها دم منعقد
ولذا اعتبر فيه ملء الفم والا فخروج الدم ناقض بلا فصل بين القليل والكثير لا بلغما مطلقا
اي سواء كان نازلا من الراس او صاعدا من الجوف وسواء كان قليلا او كثيرا لان اللزوجة
لا يتداخله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض خلافا لابي يوسف
في الصاعد من الجوف قال الفاضل يعقوب باشا لانه نجس بمجاورة ما في الجوف من الغذاء
والحدث لا يجب ان يكون نفسه نجسا بل يكفي كونه نجسا بالمجاورة كما في الدودة
الخارجة من الدبر والماء والطعام المدفوعين بطريق القيء قبل تغيرهما انتهى
قال الفاضل قاضي زاده قلت ليس ذلك بسديد لان عين الدودة ليست بنجسة
لا في نفسها ولا بالمجاورة بل هي طاهرة انما النجس ما عليها من البلة ولهذا لو صلت
جازت الصلاة معها صرح به في العناية وغيرها وكون الدودة الخارجة من الدبر ناقضة
للوضوء ليس لنفسها بل لما عليها من النجاسة وان قل فان القليل من النجاسة خارج
في السبيلين دون غيرهما ولهذا لا يكون الدودة ناقضة اذا خرجت من جرح كما نص
عليه في المعتبرات واما قوله والطعام والماء المدفوعين بطريق القيء قبل تغيرهما فقياس
مع الفارق لان ما يجاورهما من النجاسة يتداخلهما بخلاف ما نحن فيه ثم اعلم ان الخلاف
فيما اذا كان البلغم صرفا او غالبا على غيره وان كان ممتزجا به بحيث لو انفرد البلغم
كان ملء الفم لا ينقض ولو انفرد الطعام وكان ملء الفم يكون ناقضا بالاتفاق كذا في شرح الكنز
ويشترط في الدم المائع والقيح مساواة البزاق لا الملء خلافا لمحمد يعني اذا قاء دما
مائعا او قيحا الذي ابيح فيهما شرط الامتلاء وقال ينتقض الوضوء وان قل ان ساوى
البزاق او غلب لان المعدة ليست موضع الدم فيكون من قرحة في الجوف فينقض ما يخرج
واعتبر محمد شرط الامتلاء اعتبارا بسائر انواع القيء وهي جنس الطعام والماء والمرة والصفراء
والسوداء كذا في النهاية يقول الفقير صرحوا بان المرة هي الصفراء وقد جعلها صاحب النهاية
مقابلة للصفراء تدبر قيد بالمائع لانه ان كان علقا اسود لا ينقض ما لم يملأ الفم اتفاقا
ثم انه قيل الخلاف فيما اذا كان الدم صاعدا من الجوف وغالبا على البزاق وان غلب البزاق
لا ينقض اتفاقا وان استويا ينقض اتفاقا احتياطا وان نزل من الراس نقض اتفاقا
ان كان سائلا وان كان علقا لا ينقض اتفاقا كذا في ابن الملك نقلا عن الحقائق
قال صاحب الهداية ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وان كان
مائعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض
وان كان قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف
قال صاحب العناية وقول ابي يوسف في هذه المسئلة مضطرب منهم من جعله مع ابي حنيفة
ومنهم من جعله مع محمد كذا في مبسوط شيخ الاسلام ولو نزل من الراس الى ما لان
من الانف ينقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج كذا في الهداية
وهو ان محمدا يعتبر اتحاد السبب جمع ما قاء قليلا قليلا ويعتبر ابو يوسف اتحاد المجلس
صورة المسئلة انه اذا قاء قليلا قليلا بحيث لو جمع يبلغ ملء الفم فابو يوسف يعتبر اتحاد
المجلس ان كان في مجلس واحد جمع فيكون ناقضا ومحمد يعتبر اتحاد السبب يعني ان كان
بغثيان واحد جمع فيحصل اربع صور اتحاد المجلس والغثيان يجمع اتفاقا وان اختلفا

واتحاد

واتحاد المجلس مع اختلاف الغثيان يجمع عند ابي يوسف خلافا لمحمد وعكسه يجمع عند محمد
والغثيان بفتحات الغين المعجمة والثاء المثلثة والياء المثناة التحتانية وبضم الغين المعجمة
وسكون الثاء المثلثة وفتح الياء المثناة التحتانية خبث النفس من غثت نفسه اي هاجت
واضطربت كذا في الصحاح وما ليس حدثا ليس بنجس قال صدر الشريعة هو عكس النقيض
فيلزم من انتفائه كونه نجسا فالدم اذا لم يسل عن راس الجرح طاهر وكذا القيء القليل
وعن محمد في غير رواية الاصول انه نجس لانه لا اثر للسيلان في النجاسة فاذا كان السائل نجسا
فغير السائل يكون كذلك ولنا قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الى قوله او دما
مسفوحا فغير المسفوح لا يكون محرما فلا يكون نجسا وههنا سؤال وجواب في صدر الشريعة وكذا
ذكر فيه الحكمة في الفرق بين المسفوح وغيره ان شئت فراجعه قال صاحب الاصلاح ولا
ولا حجة علينا في قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية لان الاستثناء على ما ذكر
في الكشاف وغيره من المحرم من الطعام الذي حرموا لا عن مطلق المحرم انتهى يقول الفقير
وايضا هذه الآية انما تدل على عدم كون الدم الغير المسفوح والقيء القليل ولا دلالة في
الآية الكريمة الا على كون الدم الغير المسفوح غير نجس فقط تدبر ثم انه نقضت هذه القاعدة
بالجرح السائل والرعاف الدائم فانه ليس بحدث وهو نجس واجيب بانا لا نسلم انه ليس بحدث
بل هو حدث لكن لا يظهر اثره حتى يخرج الوقت ويدخل او يدخل ويخرج كما في عامة الكتب
قال صاحب الاصلاح ولا يصح في حل هذا المحل وما ليس بحدث بنفي لكلمة ليس نجس
فلا نقض بالجرح السائل والرعاف الدائم انتهى قال الفاضل الشهير بقاضي زاده
بقي ههنا شيء وهو ان عين الخمر مثلا ليس بحدث مع انه نجس في الشرع بلا ريب فيلزم
ان ينتقض القاعدة المذكورة وقد نقضه عصام الدين في شرح الهداية حيث قال
الكلام فيما يبدو من بدن الانسان اذ غيره لا يكون حدثا وقد يكون نجسا كالخمر انتهى
يقول الفقير يبقى شيء آخر وهو ان تلك القاعدة وان حملت على ما يبدو من بدن الانسان
يشكل بما اذا شرب انسان خمرا او بولا فقاءهما في الحال اقل من ملء الفم فان الظاهر
ان لا ينتقض الوضوء به لما تقرر عندهم انه فيما دون ملء الفم من اي نوع كان لا ينتقض الوضوء
فاذا لم ينتقض الوضوء لا يكون حدثا مع ان البول والخمر نجسان لا محالة وان قلا فتفكر في جوابه
والجنون عطف على ريح كان لعدم تمييز المحدث عن غيره والسكر والاغماء زوال المسكة
والفرق بين الاغماء والجنون ان العقل في الاغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز
الاغماء على الانبياء عليهم السلام دون الجنون والاغماء نوع مرض يضعف القوى
ولا يزيل الحجى وسببه امتلاء بطون الدماغ من بلغم غليظ قال صدر الشريعة وحده
ان يدخل في مشيته تحرك هو الصحيح وكذا في اليمين حتى لو حلف انه سكران يعتبر
وقال المولى اخي چلبي في حواشيه عليه وانما قيد بقوله هنا لان حده في وجوب حد الشرب
ان لا يعرف شيئا حتى الارض من السماء وفي حد حرمة الاشربة ان يتكلم بالهذيان
هذا عند ابي حنيفة واما عندهما فانه يتكلم به مطلقا وعند الشافعي حده في الكل ما ذكره هنا
كذا ذكره الشارح في باب حد الشرب انتهى كلامه قال صاحب الاصلاح ولا يصح
وحده هنا على ما اختاره الصدر الشهيد ان لا يعرف الرجل من المراة وقال
صاحب الدرر وحده هنا الذي حصل في مشيته تمايل وقال مسكين حد السكر
ههنا ما هو حد السكر في باب الحد وهكذا ذكر الصدر الشهيد في واقعاته انه
اذا كان لا يعرف الرجل من المراة ينتقض وضوءه كذا ذكره شمس الائمة الحلواني وهو الصحيح انتهى
وقهقهة بالغ في صلاة ذات ركوع وسجود وهي ما يكون مسموعا له ولجيرانه واما الضحك
المسموع له فقط فلا يبطل الوضوء بل الصلاة فقط والتبسم لا يبطل شيئا منهما
وقيد بالبالغ لان قهقهة الصبي لا تنقض الوضوء وشرط ان يكون في صلاة ذات ركوع وسجود
حتى لو قهقه في صلاة الجنازة او سجدة لا تنقض الوضوء بل تبطل ما قهقه فيه

وانما شرط ما ذكر لان الانتقاض الوضوء بهما ثبت بالحديث على خلاف القياس فيقتصر على مورده
ثم القهقهة انما تنقض اذا كان يقظان حتى لو نام في الصلاة على اي هيئة فقهقه
لا ينتقض الوضوء وعند الشافعي لا ينتقض الوضوء بالقهقهة ولنا قوله عليه السلام
الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة جميعا روى ابو حنيفة عن منصور عن
الحسن عن معبد الجهني ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي واصحابه خلفه
فجاء اعرابي وفي بصره ضعف فوقع في ركية فضحك بعض الصحابة فلما فرغ من
صلوته قال الا من ضحك منكم الحديث ورواه اسامة بن زيد ورواه ابو العالية مرسلا
ومسندا الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنهم ومباشرة فاحشة خلافا لمحمد
قال صدر الشريعة وهي ان يماس بدنه بدن المرأة مجردين وانتشر آلته وتماس الفرجان
قال صاحب الاصلاح والايضاح وهي ان يتماس الفرجان والآلة منتشرة
ثم قال ومن زاد على هذا قيد تماس البدنين مجردين فقد تجاوز الحد انتهى
قال الفاضل الشهير بقاضي زاده قلت ما ذكره الشارح هو المطابق لما ذكر في عامة
قال في فتاوى قاضيخان المباشرة الفاحشة تنقض الوضوء استحسانا
وتفسيرها ان يباشرها متجردين وانتشرت آلته ولاقى فرجه فرجها
وقال في المحيط البرهاني واذا باشر امرأته مباشرة فاحشة بتجرد وانتشار الآلة
وملاقاة الفرج الفرج فعليه الوضوء في قول ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا
وقال في خلاصة الفتاوى والمباشرة الفاحشة ان يمس بطنها بطنه وفرجه فرجها
وليس بينهما ثوب سواء كان من قبل القبل او من قبل الدبر انتهى
وقال الامام الزيلعي وهو ان يباشر امرأة من غير حائل وينتشر ذكره لها ويضع فرجه على فرجها
ولم يشترط بعضهم مماسة الفرج بالفرج والاول الظاهر فتبين ان ثبت التجاوز عن
الحد في زيادة قيد التماس البدنين مجردين في حد المباشرة الفاحشة
وقال محمد مجرد وضع فرجه على الفرج لا ينقض الوضوء ما لم يخرج المذي حقيقة لان الحدث
بخروج نجس وهنا لم يوجد مع امكان الاطلاع عليه ولهما ان خروجه محقق والمباشرة الفاحشة
سببه فاقيمت مقامه احتياطا ونوم مضطجع او متكئ او مستند الى ما لو ازيل لسقط
لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن
والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع وكذا
قال المولى الشهير بقاضي زاده الاضطجاع ان يضع النائم جنبه على الارض كذا في شروح
الهداية كلها وسائر المعتبرات والاتكاء التوكؤ على احد وركيه كذا فسره عامة شراح
وقيل الاتكاء وضع الرأس على ركبتيه او على يديه كذا ذكره صاحب غاية البيان
قال صاحب الاصلاح والايضاح هنا في متنه ونوم متكئ الى ما لو ازيل لسقط
ثم قال في شرحه المراد من الاتكاء هو الاستناد لا ما قيل انه وضع الرأس على الركبتين او على اليدين
لان النوم على الوجه المذكور لا ينقض الوضوء الا اذا وجد الاستناد الى شيء لو ازيل لسقط
نص عليه الله في شرح الطحاوي كذا نقل عنه في الحاشية من هنا ظهر وجه اصابته حيث
اسقط قول تاج الشريعة ومستند انتهى قلت مدار كلامه على ان يكون مراد صاحب الوقاية
بالاتكاء ما ذكر في غاية البيان انه وضع الرأس على الركبتين او اليدين
وليس كذلك بل مراده به ما ذكر في سائر شروح الهداية من انه التوكؤ على احد وركيه
فلا مجال للاكتفاء بقوله متكئ عن قوله مستند اذ لا نص احد على عدم كون نوم المتكئ
بالمعنى الذي ذكره جمهور الشراح ناقضا للوضوء بدون الاستناد ولا وجه
لعدم ارادة هذا المعنى من المتكئ هنا اذ لو لم يرد منه هنا المعنى لما علم
كون نوم المتكئ بهذا المعنى من نواقض الوضوء بل لزم ان لا يكون من نواقضه
على مقتضى قول صاحب الهداية لا فيه كما لا يخفى على العقل انتهى

لا نوم قائم او قاعد او راكع او ساجد لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط
لكنه لم يسقط فلم يزل الاستمساك فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام
لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من
نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله رواه الترمذي مسندا
الى ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صاحب العناية
هذا الحديث غير صحيح لان مداره على ابي العالية وهو ضعيف عند النقلة روي
عن ابن سيرين انه قال حدث عمن شئت الا عن ابي العالية فانه لا يبالي عمن اخذ اي
لا يبالي ان يروي عن كل احد واجيب بان ابا العالية ثقة نقل عنه الثقات
كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي رضي الله عنهم وكونه لا يبالي عمن اخذ
يؤثر في مراسيله دون مسانيده وقد اسند هذا الحديث الى ابن عباس رض
ووجه التمسك بهذا الحديث من اوجه الاول انه نفى الوضوء عمن نام قائما او قاعدا او
راكعا او ساجدا والثاني اثباته على من نام مضطجعا موكدا بانما
فان قيل انما للحصر ولا حصر ههنا لان الوضوء لم ينحصر على من نام مضطجعا
بل هو واجب على المستند والمتكئ كما مر واجيب بانا لا نم انه للحصر
بل هو لتاكيد الاثبات ولئن سلمنا فصيغته افادت الحصر في المضطجع
والمستند والمتكئ يلحقان به بطريق الدلالة والثالث التعليل وهو قوله
فانه اذا نام استرخت مفاصله فانه يدل على عدم وجوب الوضوء على من نام
قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا لعدم الاسترخاء وعلى وجوبه على المضطجع
وعلى من هو بمعناه لوجوده فيه قيل ومعنى قوله عليه السلام استرخت مفاصله
بلغ الاسترخاء غايته لان اصل الاسترخاء يوجد ممن نام قائما وبما يشير اليه
قولنا لان بعض الاستمساك باق وقولنا فلم يتم الاسترخاء انتهى
ولا خروج دودة من جرح لانها طاهرة وما عليها من النجاسة قليلة واما
الخارجة من الدبر فتنقض لان خروج القليل منه ناقض وفي الاحليل لا لانها
خارجة من جرح واما الخارجة من قبل المرأة ففيه اختلاف المشايخ
او لحم سقط منه اي من الجرح ومس ذكر او امرأة خلافا للشافعي فيهما
والمراد مس بشرة المرأة ومس الذكر بباطن الكف لان مس الشعر او الظفر
او السرة ومس الذكر بظاهر الكف او بالاصابع لا ينقض اتفاقا واما
مس المرأة بشرة الرجل فينقض عند الشافعي لا عندنا ايضا ولنا في عدم
نقض مس المرأة ما روت عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يقبل بعض نسائه ثم يخرج الى الصلوة ولا يتوضأ وللشافعي
قوله تعالى او لامستم النساء قلنا اللمس فيه كناية عن الجماع كما قال الله تعالى
حكاية عن مريم رض ولم يمسسني بشر والحمل عليه اولى ليكون بيانا ان التيمم
رافع للحدث الاصغر والاكبر مع احتياج الناس الى بيانهما ولنا في عدم
نقض مس الذكر ما روي انه عليه السلام قال لمن سأله يتوضأ من مس الفرج لا
وللشافعي ما روي انه عليه السلام قال من مس الفرج فليتوضأ قلنا
هو محمول على غسل اليدين كذا في ابن ملك ثم اعلم ان الاختلاف
في وضوء الماس واما وضوء الممسوس فلا ينتقض اتفاقا كذا في المستصفى
قال المولى الشهير باخي چلبي اضافة المس الى المرأة والذكر من قبيل
اضافة المصدر الى مفعوله قطعا عند من له ذوق سليم لان كونهما من الاضافة الى
الفاعل يأباه قوله مس الذكر وان اشعر به بعض شراح الوقاية
على عكس ما قلنا فانظر في الكلامين واحكم بيننا بالحق انتهى

وفرض الغسل غسل الفم والانف وهما سنتان عند الشافعي ولنا ان الفم داخل من وجه وخارج من وجه حسا عند انطباق الفم وانفتاحه وحكما في ابتلاع الصائم الريق ودخول شيء فيه فجعلناه داخلا في الوضوء خارجا في الغسل لان الوارد فيه صيغة المبالغة وهي قوله تعالى فاطهروا والوارد في الوضوء غسل الوجه وكذلك الانف
وغسل سائر البدن اي جميع ظاهر البدن حتى لو بقي العجين في الظفر فاغتسل لا يجزيه وفي الدرن يجزيه لانه متولد هناك وكذا الطين لان الماء ينفذ فيه وكذا الصبغ والحناء فالحاصل ان المعتبر في هذا فاذا ادهن فامر الماء فلم يصل يجزيه واما ثقب القرط فان كان القرط في الاذن وغلب على ظنه ان الماء لا يصل منه فيحركه فلا بد منه وان لم يكن القرط فيها فان غلب على ظنه ان الماء يصل من غير تكلف لا يتكلف وان غلب انه لا يصل الا بتكلف يتكلف وان كان في اصبعه خاتم ضيق يجب تحريكه ليصل الماء تحته قال عصام الدين انما لم يقل ابتداء فرض الغسل غسل جميع البدن مع انه يغني عن ذكر غسل الفم والانف تصريحا بموضع الخلاف لا ادلكه بل هو سنة في رواية ومستحب في اخرى خلافا لمالك فانه قاس النجاسة الحكمية في البدن على النجاسة الحقيقية في الثوب ولنا ان في اشتراطه زيادة على النص وان الدلك متمم فيكون مستحبا وليس البدن كالثوب لان النجاسة تخللت في الثوب فلا يزول الا بالدلك والعصر وانما تعرض المصنف لنفي فرضية الدلك صريحا لان صيغة المبالغة مظنة توهم فرضيته قبل ولا ادخال الماء داخلة الاقلف قال صاحب الشرعة ويجب على الاقلف ادخال الماء وهذا عند بعض المشايخ فلها حكم الظاهر من كل وجه وعند البعض لا يجب ايصال الماء اليها في الغسل مع انه ينتقض الوضوء اذا نزل البول اليها فلها حكم الباطن في الغسل وحكم الظاهر في انتقاض الوضوء وقال صاحب الاصلاح والايضاح والاقلف يجب عليه ايصال الماء الى داخل القلفة وقال بعضهم لا يجب وليس بصحيح اذ لا حرج فيه صرح بهذا في البدايع وقال صاحب الدرر فرض الغسل غسل الفم والانف وسائر البدن حتى داخل القلفة في الاصح وقال صاحب التسهيل ويجب على الاقلف ادخال الماء داخل القلفة عند بعض المشايخ وعند البعض لا يجب ايصال الماء مع انه ينتقض الوضوء اذا نزل البول اليها فلها حكم الباطن في الغسل وحكم الظاهر في نقض الوضوء ثم قال ابو الليث يشكل هذه الرواية بما اشترط على فرضية المضمضة والاستنشاق بمبالغة التطهير في النص فانه يقتضي ان يجب ايصال الماء اليها اذ لا حرج فيه بخلاف العين انتهى
يقول الفقير ان هذا المصنف قال ولا ادخال الماء داخل الجلد نافلا ما سلكه صاحب الكنز حيث اختار عدم وجوب ايصال الماء الى داخل الجلدة مع ان الفاضل الزيلعي اظهر عدم ارتضائه عدم الوجوب حيث قال في شرح الكنز وهذه الرواية مشكلة ونقل الوجوب عن الكردري ثم على ان الاحتياط انما هو في جعل داخل الجلدة في حكم الخارج من كل وجه حتى يجب ايصال الماء اليه في الغسل وينتقض الوضوء اذا نزل اليها البول ولم يخرج والمصنف صدر هذه المسئلة بقوله قيل اشارة الى ضعف هذه الرواية على ما وعده في الخطبة
وسنته غسل يديه وفرجه قال الفاضل قاضي زاده في شرح صدر الشريعة قلت في تحرير المصنف ههنا قصور فان الظاهر منه ان يكون نفس غسل يديه وفرجه سنة الغسل وليس كذلك لان غسل جميع ظاهر البدن فرض في الغسل كما صرحوا به انفا ولا شك ان يديه وفرجه من ظاهر البدن فما معنى كونه سنة فالحق في التحرير ان يقال وسنته ان يبدا بغسل يديه وفرجه وعن هذا قال في الهداية وسنته ان يبدا المغتسل فيغسل يديه وفرجه وقال في الخلاصة يبدا في غسل الجنابة بيديه فيغسلهما ثلاثا وهي سنة وقال في البدايع واما سنته فهي ان يبدا فيأخذ الاناء بشماله يقول الفقير بما قال اولا وفرض الغسل غسل الفم والانف وسائر البدن كيف يخطر بالبال ان يكون نفس غسل يديه وفرجه سنة حتى يحتاج ان يقال وسنته غسل يديه وفرجه فانه في صدد كلامه ينادي باعلى صوت ان المراد سنة غسل يديه وفرجه ابتداء وهذا ظ لا يختلج في خلد احد فافهم

وغسل نجاسة

وغسل نجاسة ان كانت قال الفاضل قاضي زاده وقع في اكثر نسخ الهداية ويزيل النجاسة بالتعريف ووقع في بعضها ويزيل نجاسة بالتنكير فاتفق شراحها على ان الاصح نسخة التنكير وتكلموا في انه هل يمكن توجيه نسخة التعريف ام لا ولم يعرف اكثرهم حق البيان والتفصيل وانما اوفاه عصام الدين عليه الرحمة في كل تعيين حيث قال الاصح ويزيل نجاسة بالتنكير لان لام التعريف فيها اما للعهد او للجنس بمعنى الطبيعة من حيث هي او للاستغراق بمعنى كل فرد او للعهد الذهني بمعنى فرد ما والكل باطل اما الاول فلانه لا معهود هنا واما الثاني فلان الحكم بالازالة على نفس الطبيعة من حيث هي غير معقول واما الثالث فلامتناع ان يكون كل نجاسة على بدن انسان فلا يفيد الحكم بازالته ولا يصح الشك المشار اليه بقوله ان كانت واما الرابع فلانه يتناول الاقل من ذرة مع انه ليس بمراد اذ لا يلائم التعليل بقوله كيلا تزداد باصابة الماء فان هذا القدر من النجاسة يمحى باصابة الماء ولا يزداد بدليل قول بعض المشايخ ان مثل رؤوس الابر من النجاسة لو اصاب موضعا ثم اصابه الماء لم يتنجس وجوابه باختيار الشق الاخير وحمل النجاسة بقرينة وقوعها مفعولا على ما يقصد ازالته عرفا والاقل من ذرة ليس كذلك ونظيره قول القائل لعبده اشتر اللحم فانه يتقيد فيه اللحم بما يتعارف شراؤه في الاسواق حتى لو اشترى العبد مقدار ذرة منه مثلا لم يعتد ممتثلا ولو سلم تناول لفظ النجاسة هذا القدر فلا نسلم انه لا يزداد باصابة الماء ودلالة المسئلة المذكورة عليه ممنوعة لجواز ان يكون عدم التنجس لعدم الاعتداد بالقدر المذكور وان ازداد على انه لو صح ما ذكر في ابطال هذا القسم لم يصح تنكير النجاسة ايضا حيث تناولت النكرة فردا ما اي فرد كان انتهى ما ذكره الفاضل قاضي زاده يقول الفقير علاوة الجواب التسليمي منظور فيها لان التنكير قد يكون للتكثير على ما ذكر في علم المعاني ومثل بقولهم ان له لابلا وان له لغنما وحملوا تنكير رسل في قوله تعالى وان يكذبوك فقد كذبت رسل على التكثير والتعظيم معا وقالوا اي ذوو عدد كثير وذوو آيات عظام فيجوز ان يكون تنكير النجاسة فيما نحن فيه ايضا للتكثير بكثرة ما فلا يتناول النكرة اقل من مقدار الذرة لعدم تحقق الكثرة فيه اصلا بخلاف المعرفة على القسم الرابع من الاقسام المذكورة فافهم وتدبر والوضوء الا رجليه اي استعمال الماء في اعضاء الوضوء فيكون الاستثناء متصلا وتثليث الغسل المستوعب وكيفيته ان يبدا بمنكبه الايمن فيفيض الماء عليه ثلاثا ثم بمنكبه الايسر كذلك ثم يفيض الماء على راسه وسائر جسده كذلك وقيل يختم بالراس بعد المنكبين وقيل يبدا بالراس كذا في المراجعة ولفظ المستوعب اخذ من مجمع البحرين ولا يرى له فائدة معتدا بها ثم غسل الرجلين لا في مكانه ان كان في مستنقع الماء انما يؤخر غسل رجليه لان مكانه ان كان في مستنقع لانه لا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح او على حجر لا يؤخر ويغسلهما هنالك قال المحشي المعروف بيعقوب باشا ومعنى عدم افادة الغسل انه لا يغني عن الغسل مرة ثانية لا انه لا يفيد اصلا لافادته زوال الجنابة وما يترتب عليه من جواز قراءة القرآن ومس المصحف مثلا على ما ذكر في الروايتين عن الامام اعني رواية تجزي الجنابة ورواية عدم تجزيها اما على الاول فظ واما على الثاني فلحصول فائدة التطهير عند غسل الباقي اذ ليس وحدة الماء والدفعة الواحدة شرطا كما لا يخفى انتهى قال الفاضل قاضي زاده وفيه نوع خلل لان تمثيل ما يترتب على زوال الجنابة بقراءة القرآن ومس المصحف ظاهر الصحة الا ان تمثيله بمس المصحف غير ظاهر الصحة اذ لا بد في جواز مس المصحف من وضوء ولا يقتضي زوال الجنابة تحقق الوضوء لجواز ان يكون المغتسل غير تسيل متصلا بحيث لا ينقطع سيلانها عند تمام الاغتسال فان الجنابة هناك تزول ولا يتحقق الوضوء المجوز لمس المصحف وكذا اذا كان المغتسل جنبا او سكران عند الاغتسال ثم اقول الحمد لله تمامنا في تحقق الوضوء عند زوال الجنابة انتهى

وكبس على المرأة نقض ضفيرتها الضفيرة بفتح الضاد المعجمة وكسر الفاء وسكون اليا
المثناة التحتية مثل العقيصة وزنا ومعنى وهي الشعر المفتول بادخال بعضه في بعض
والعقص جمع على الراس كذا في المغرب لكن فسرها صاحب العناية بالذوائب
ولعل المراد بها هنا هذه فتدبر ولا بلها ان بل اصلها خص المراة لقوله عليه السلام
لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك ويجب على الرجل نقضها
قيل اذا كان الرجل ضفر الشعر كالعلوية والاتراك لا يجب والاحوط
ان يجب وقوله ولا بلها قال بعض المشايخ تبلها وتعصرها لكن الاصح عدم وجوب
وهذا اذا كانت مفتولة اما اذا كانت منقوضة يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر
كما في اللحية لعدم الحرج قال المولى اخي چلبي هذا ما اختاره صاحب المحيط
والكفاية وقيل ليس عليها ان تبل ضفيرتها وايصال الماء الى اثنائها اذا ابتل
اصلها سواء كانت منقوضة الذوائب ام لا هو الصحيح لان الامر بالتطهير يتناول
البدن والشعر ليس من البدن من كل وجه بل هو متصل نظرا الى اصوله منفصل
باتصال اصوله في حق من لا يلحقه الحرج كالرجل ويعدم اتصاله في حق النساء
للحرج وفرض الغسل وهو خاثر ابيض ينكسر منه الذكر وشهوة الدفق
فيه دفع ورشة نص عليه في المغرب وعبارة الهداية هكذا والمعاني الموجبة للغسل
انزال المني على وجه الدفق والشهوة واعترض عليه صاحب النهاية بان هذا اللفظ
بالملازمة يستقيم على قول ابي يوسف لاشتراط الدفق والشهوة حال الخروج
ولا يستقيم على قولهما لانهما ما اشترطا الدفق عند الخروج حتى قالا يجب الغسل
اذا زال المني عن مكانه عن شهوة وان خرج من غير دفق ورده صاحب العناية
بانه ليس كذلك بل هو مستقيم على قول الكل لان انزال المني على هذا الوجه يوجب الغسل
عند الجميع ولا يرد ما قاله من وجوب الغسل عندهما بانزال المني عن شهوة عند الانفصال لا عند
لان الحكم جاز ان يعلل بعلل شتى ولم يتبع الى الحصر انتهى وارتضى صاحب العناية هذا الرد
قال وهذا جيد لكن كلام المص يوهم ترك بعض موجباته عندهما في موضع البيان وقال هو ربما
يبتنى قوله ثم المعتبر عند ابي ح ومحمد الى بعض البيان انتهى يقول الفقير لا يمشي اعتراض صاحب النهاية
على صاحب الهداية راسا حتى يحتاج الى الجواب اذ لا دلالة في قول صاحب الهداية انزال
المني على وجه الدفق والشهوة على كون الدفق والشهوة حال الخروج على سبيل القطع
حتى يتم القول بانه انما يستقيم على قول ابي يوسف لا على قولهما بل ذلك مطلق يتناول
كون الدفق والشهوة حال الخروج على سبيل الانفصال وكونهما حال الخروج فكان قدرا مشتركا
بين قول ابي يوسف وقول صاحبيه صالحا لان يكون موجبا للغسل على قول الكل من غير حاجة
الى ذكر موجب آخر على قولهما الا ان بين ابي يوسف وصاحبيه اختلافا في حالة وهي انه
هل يكفي تحقق الدفق والشهوة عند الانفصال ام لا بد من تحققهما عند الخروج ايضا
فبينه صاحب الهداية بعد ذلك بقوله ثم المعتبر عند ابي ح ومحمد انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة
وعند ابي يوسف ظهوره وذكر دليل الطرفين فلا عيب في كلامه اصلا والى ما ذكرنا اشار في كلام
قاضي زاده في تعليقاته على الهداية الشريفة قال المحشي اخي چلبي نقلا عن المعراجية ذكر في نوع
اي مني الرجل وشهوة اي مني المرأة ثم قال اقول يفهم منه انتفاء الدفق في ماء المرأة وفيه
لان الله تعالى اسند الدفق الى مائها ايضا حيث قال خلق من ماء دافق الاية صرح به في البناية
وقال الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني
ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته وما رواه محمول على الخروج عن الشهوة توفيقا بين الادلة
ولان قوله من الماء يتناول المذي والودي بطريق عموم اللفظ فيلزم الغسل بالاجماع فيراد به اخص الخصوص
ويحمل على حالة الشهوة بحديث ام سليم كما سنذكره عن قريب انشاء الله تعالى

ولو في نوم

ولو في نوم ولا وقف فيه هذا بين الرجل والمراة لحديث ام سليم رضي الله عنها انها سألت
النبي صلى الله عليه وسلم عن المراة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل فقال عليه السلام اتجد
لذلك لذة قالت نعم فقال عليه السلام فليغتسل قال الفاضل اخي زاده قلت فيه
على ظاهره ان الانزال من الافعال الاختيارية فكيف يتصور من النائم فلو بدله
الانزال بالنزول لكان اظهر ويمكن الجواب بان المراد بالانزال المذكور انزال الطبيعة
وفي قوله لا يلزم الشعور والاختيار عند انفصاله لا خروجه خلافا لابي يوسف
حتى اذا انفصل من مكانه بشهوة فاخذ راس العضو حتى سكنت شهوته ثم خرج بلا شهوة
يجب الغسل عندهما لا عنده وان اغتسل قبل ان يبول ثم خرج بقية المني يجب الغسل
عندهما لا عنده ايضا قيل يعمل بقول ابي يوسف اذا كان ضيفا يستحيي من اهل البيت
ان لا يصلي معهم او يخاف ان يرتاب في حقه وفي المحيط ولو بال وخرج من ذكره
مني ان كان منتشرا فعليه الغسل لان الانتشار دليل خروجه عن شهوة وان كان
منكسرا فعليه الوضوء فقط كذا في حاشية يعقوب باشا ولو رأى مستيقظ لم يتذكر
الاحتلام بللا ولو مذيا خلافا له اي لابي يوسف اما في المني فلاحتمال كونه منيا
رق بحرارة البدن قيد بالمستيقظ لان المغمى عليه لو افاق او السكران لو صحا
فوجد بللا لا غسل عليه اتفاقا وقيد بقوله لم يتذكر الاحتلام لانه ان تذكر احتلاما
وشك انه مذي او مني او تيقن باحدهما فعليه الغسل اتفاقا وان تيقن انه ودي
فلا غسل عليه اتفاقا وفي الخانية انما يجب الغسل في مسئلة المذي عندهما اذا كان
ذكره ساكنا حين نام واما اذا كان منتشرا فوجد البلة بعد الانتباه
يكون من اثار ذلك الانتشار فلا يلزمه الغسل الا ان يكون اكثر رايه انه مني فيلزمه الغسل
ولا بايلاج حشفة في قبل او دبر من آدمي حي وان لم ينزل على الفاعل والمفعول به
لقوله عليه السلام اذا غابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب
للانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وهو قول المهاجرين
كعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم واما الانصار كابي بن كعب
وحذيفة وزيد بن ثابت فانهم قالوا لا يجب الاغتسال بالاكسال ما لم ينزل
وبه اخذ سليمان الاعمش لظاهر قوله عليه السلام الماء من الماء والايلاج في الدبر
كالايلاج في القبل بل فوقه لكمال السببية فيه حتى ان الفسقة يرجحون
قضاء الشهوة من الدبر على قضائها من القبل لما يدعون فيه اللين والحرارة
والتضييق ومن ذلك قوله تعالى حكاية عن قوم لوط قالوا لقد علمت ما لنا في بناتك من حق
وانك لتعلم ما نريد وعن هذا قال بعضهم ان محاذاة الامرد في الصلاة تفسد الصلاة
الصلاة كالمراة ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجالسوا ابناء
الاغنياء فان لهم صورة كصورة النساء ويجب على المفعول به في الدبر احتياطا لكن
اما عند ابي يوسف ومحمد فلانهما يوجبان فيه الحد لكن الاحتياط في ترك
فلان يوجبا الغسل الذي للاحتياط في وجوبه اولى واما عند ابي ح فلانه يحتاط
في الحد فيتركه ويحتاط في الغسل فيوجبه والاحتياط في كل باب بما يناسبه وقيد
من آدمي احترازا عن الحيوانات فان الادخال في احد سبيلي البهائم لا يوجب
غسلا بلا انزال لقلة الرغبة وقيد حي احترازا عن ميت فان ادخالها في احد
سبيلي ميت لا يوجب غسلا ما لم ينزل وهذا القيد لم يوجد في الكتب التي قال المص
في الخطبة اني جمعته منها لكن وجدته في الدرر شهيل صاحب جامع الفصولين لله دره
وقال صاحب الاصلاح والايضاح قال صاحب الدرر يشترط ان يكون المفعول به حيا وانما لم يذكره لانه تام
من قوله على الفاعل والمفعول به فان الغسل انما يجب على الحي ولا بد فيه من قيد البلوغ وانما تركهما اعتمادا
على ان كونه شرطا في التكاليف كلها معلوم في اصول الفقه انتهى ما قال صاحب الاصلاح والايضاح

قال صاحب النهر عند ايلاج ادمي حشفة الى آخره ثم قال وقيد ادمي احتراز
عن الجني وفي المحيط لو قالت امرأة معي جني يأتيني فاجد في نفسي ما اجد اذا جامعني
زوجي لا غسل عليها لانعدام سببه وهو الايلاج او الاحتلام يقول الفقير
فيه بحث ظ يعلم بادنى التامل قال الفاضل قاضي زاده وفي الهداية
والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وتوارت
الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل قال المحشي الشهير بيعقوب باشا
وانما لم يقل ايلاج الشريعة والتقاء الختانين من غير انزال كما وقع في الهداية
اشارة الى ان المراد بالتقاء الختانين هو غيبوبة الحشفة لا نفس الالتقاء لانه ليس
بشرط ولا سبب حتى لو التقى ولم يغب الحشفة لا يجب ولو غابت الحشفة بدون
التقائهما كما لو اولج في الدبر يجب ثم قال ونازاد بعض شراح الهداية
فيدفع غيبوبة الحشفة ثم قال وانما زدنا احترازا عن قول الشافعي
فانه يقول اذا تحاذى الختانان وجب الغسل مع عدم غيبوبة الحشفة وفيه كلام
وهو ان الشافعي لا يوجب الغسل بدون الانزال لقوله عليه السلام الماء من الماء
فان وجد الانزال مع الالتقاء او الغيبة يجب الغسل والا فلا فليس في قوله تحرز
بذلك التقييد عنه الى هنا لفظ المحشي ثم قال الفاضل قاضي زاده
قلت قد خبط في كلام الاحتراز لا خلاف للشافعي في كون غيبوبة الحشفة
بدون الانزال موجبا للغسل بل صرح في عامة الكتب الشافعية بان من موجبات الغسل
الجنابة وان الجنابة تحصل بالانزال او بغيبوبة الحشفة ومن البين انه لو كان له خلاف
في هذه المسئلة لما نزله بها في كتبنا المتكفلة ببيان المسائل الخلافية
على التفصيل كالمنظومة والمجمع وغيرهما وانما الخلاف فيها للانصار على ما ذكر
في شروح الهداية وغيرها ولعل منشأ غلط المحشي هو ان الشافعي تمسك فيما ذهب
اليه من كون انزال المني بلا شهوة موجبا للغسل بقوله عليه السلام الماء من الماء
كما تمسك الانصار فيما ذهبوا اليه من كون غيبوبة الحشفة بلا انزال الماء
غير موجب للغسل بذلك الحديث فتوهم المحشي ان محل خلاف الشافعي
ومحل خلاف الانصار واحد فوقع فيما وقع ولانقطاع حيض ونفاس
لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن بالتشديد واما التخفيف الذي
قراه ابن كثير ونافع فمعناه حتى يزول عنهن الدم وكذا النفاس بالاجماع
والتحقيق ان سبب الوجوب هنا هو الحدث الحكمي الثابت بخروج الدم
الا ان ايجاب الغسل مشروط بانقطاعه فلذلك نسب الايجاب اليه لا
لمذي وودي المذي بسكون الذال المعجمة ماء رقيق ابيض يخرج عند ملاعبة
الرجل اهله والودي بسكون الدال المهملة ماء غليظ يعقب البول واما عدم
ايجاب المذي الغسل فلقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء واما الودي
فلانه اذا كان الغليظ من البول يعقب الرقيق منه خروجا يكون معتبرا به
واحتلام بلا بلل سواء كان رجلا او امرأة وعن محمد في غير رواية الاصول اذا
تذكرت الاحتلام والانزال والتلذذ ولكن لم تر بللا كان عليها الغسل
قال شمس الائمة الحلواني لا يؤخذ بهذه الرواية وان استيقظ
الرجل والمرأة فوجدا منيا على الفراش وكل واحد منهما ينكر الاحتلام
وجب عليهما الغسل احتياطا وقال بعض المشايخ ان كان
طويلا او ابيض فعلى الرجل وان كان مدورا او اصفر فعلى المرأة
وايلاج في بهيمة او ميتة بلا انزال لان كل واحد منهما سبب ناقص

وسن

وسن الغسل للجمعة والعيدين والاحرام وعرفة وقيل هذه الاربع مستحبة
وسمى محمد الغسل يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك هو واجب لقوله عليه السلام
من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت
ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه مالك على الندب او على النسخ ثم ان هذا
الغسل للصلوة عند ابي يوسف هو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت
واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن وثمرة الخلاف ظاهرة لا تحتاج الى البيان
والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي
بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبين في المناسك ان شاء الله تعالى قال صاحب
صدر الشريعة فغسل الجمعة سن لصلاة الجمعة هو الصحيح قال المحشي المعروف بيعقوب باشا
وعطف العيدين عليها يأبى عن حمل المتن على الصحيح كما لا يخفى يقول الفقير
ليس الامر كذلك فانه انما يأبى ذلك عنه ان لو تقرر كون الغسل في العيدين لليوم
دون الصلاة وهو غير مسلم بل الظاهر تعليل صاحب الهداية بقوله لزيادة فضيلتها
على الوقت واختصاص الطهارة بها كون الامر في غسل العيدين ايضا كذلك
لجريان التعليل المذكور في ذلك ايضا بعينه لا سيما وقد قال بعده والعيدان
بمنزلة الجمعة ثم قال صاحب الدرر في متنه وسن لصلاة الجمعة هو الصحيح
والعيدين ثم قال في شرحه اعاد اللام لئلا يتوهم كونه سنة لصلاة العيد انتهى
لكن قال الفاضل قاضي زاده كلامه هنا غير معتد به يظهر بالمراجعة الى الكتب
ووجب الغسل للميت كفاية اي وجب على المسلمين لكن بطريق الكفاية
لقوله عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها ان يغسله بعد موته وقيل
غسله سنة مؤكدة وفي الوافي والغسل بعد الموت فرض يقول الفقير فاعل وجب
ليس راجعا الى الغسل حال كونه اسما انما هو راجع اليه حال كونه مصدرا لان مصدر
غسل يغسل يجيء غسلا بالفتح والضم صرح به في القاموس ومعنى قوله كفاية انه ان
ادى بعضهم يسقط عن الغير لحصول المقصود والا يأثم الكل وعلى من اسلم جنبا اي وجب
الغسل اذا اجنب الكافر ثم اسلم وزعم بعض ان الجنابة في حق الكفار لا تثبت
فلا يجب الاغتسال بعد الاسلام لان الكفار غير مخاطبين بالشرائع وهو فاسد
لانه لو سلم انهم غير مخاطبين بالشرائع فالاغتسال لا يجب بالجنابة ليقال انه وقت
وجوب الاغتسال غير مخاطب بالشرائع انما وجوبه بارادة الصلاة او نحوها
وعند ارادة الصلاة جنب مسلم كذا في شرح الكنز والا ندب
يعني ان اسلم ولم يكن جنبا فالغسل مندوب ولا يجوز لمحدث مس مصحف
الا بغلافه المنفصل لا المتصل في الصحيح قال صاحب الاصلاح والايضاح
في متنه ولا يمس مصحفا ولا جلده المتصل ثم قال في شرحه
ولم يقل الا بغلافه متجافيا لعدم حصر المستثنى فيما ذكر انتهى
قال الفاضل قاضي زاده قلت المذكور في عامة الكتب المعتبرة
وليس له مس المصحف الا بغلافه ثم اختلفوا في ان المراد بغلافه ما هو المتصل
او المنفصل عنه فاختار صاحب الهداية الثاني حيث قال وغلافه
ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح
وتبعه صاحب الوقاية حيث قال الا بغلاف متجاف واختار
صاحب المحيط الاول حيث قال والغلاف هو الجلد الذي عليه
في اصح القولين وقيل هو المنفصل كالخريطة ونحوها لان المتصل
بالمصحف من المصحف الا ترى انه يدخل في بيع المصحف من غير ذكر انتهى

بحث مس المصحف الشريف

وكره ابراهيم النخعي بيع المصحف كذا في الانفع البركوتي علية بعين العزيز التوبيت

[illegible]

اذا عرفت هذا فنقول لاخلل في عبارة صاحب الوقاية
ههنا ليحتاج الى تغييرها لانه ان اراد بالحصر المستفاد من قوله الا بغلاف
متجاف الحصر الاضافي اي لا بغلاف متصل به يصح حصر المستثنى ههنا المنفي
فيما ذكر بلا ريب لمن له معرفة في علم العربية • وان اراد به الحصر الحقيقي
اي لا بشيء غير غلاف متجاف اصلا فكذلك يصح حصر المستثنى
فيما ذكر لان المراد بالغلاف المتجافي ههنا على ما صرح به في شرح الهداية
ما يكون شيئا ثالثا بين الماس والممسوس ولا يكون تابعا للماس كالكم
ولا للممسوس كالجلد المشرز ولا يخفى ان الغلاف المتجافي ههنا المعنى
مما لا يخرج منه شيء يصح مس المصحف به حتى يخل بحصر المستثنى فيما ذكر تدبر
وقال ابن الملك والمراد بالغلاف المنفصل وهو الجلد المشرز
وقيل المراد به ما يكون متجافيا لان المتصل به تبع له وهذا اقرب الى التعظيم
والاول اقرب الى القياس انتهى • فيكون الحكم على القول الاول
ولا يجوز مس المصحف بما يكون متجافيا منه الا بغلاف منفصل وقال
صاحب العناية نقلا عن صاحب التحفة اختلف المشايخ في الغلاف فقال
بعضهم هو الجلد الذي عليه وقال بعضهم هو الكم وقال بعضهم هو الخريطة وهو الصحيح
لان الجلد تابع للمصحف والكم تابع للحامل والخريطة ليست تبع لاحدهما •
وكره بالكم هو الصحيح لانه تابع للحامل ولا مس درهم فيه سورة الا بصرة
قال صدر الشريعة اراد تاج الشريعة درهما عليه آية من القران يقول الفقير مقصود
تتميم ما يرهنه بتحرير تاج الشريعة ههنا من المقصود في الظاهر حيث ذكر السورة
فاوهم ان لا يكون الحكم فيما دون السورة كذا وليس كذا لكن في تحرير صدر الشريعة
ههنا ايضا قصور حيث حمل السورة على آية من القران فبقي الاشكال بخروج
ما دون الآية من القران مع ان الحكم فيه ايضا كالآية على ما ذهب اليه الكرخي
من تسوية الآية وما دونها من القران في الحكم والحق في شرح هذا المقام ان يقال
اريد درهم عليه قران سواء كان آية او ما دونها وانما ذكرت السورة اخراجا للكلام
مخرج العادة من كون المكتوب على الدرهم هو السورة كسورة الاخلاص ونحوها
ولا لجنب دخول مسجد سواء كان على وجه العبور او لا وقال الشافعي يباح دخول المسجد
للعبور الا لضرورة صرح بهذا الاستثناء صاحب التسهيل وصاحب الدرر
لكن قال صاحب التسهيل ان احتاج تيمم ودخل قيل في نفي الضرورة كما يكون الماء فيه ولا ماء
وكما يكون مبيته في المسجد ولا قراءة القران ولو دون آية الا على وجه الدعاء او الثناء
ذكر الزاهدي انه لو تمضمض الجنب وغسل يديه روي عن ابي ح انه لا باس بان يقرا القران
او ميته لكن هذه مرجوحة ينبغي ان لا يعمل بها الا من تنظيما للقران العظيم •
قال الكرخي يمنع عن قراءة ما دون الآية ايضا على قصد قراءة القران
كما يمنع عن قراءة الآية التامة لان الكل قران وان لم يقصد القراءة نحو ان يقرا
الحمد لله شكرا للنعمة فلا باس به وذكر الحلواني عن ابي ح لا باس للجنب ان يقرا
الفاتحة على وجه الدعاء • لكن قال الهندواني لا افتي بهذا وان روي عنه
وقال بعضهم المختار الجواز ويجوز له الذكر والدعاء والتسبيح
اما دعاء القنوت فيكره عند بعض المشايخ وفي المحيط لا يكره وسائر
الادعية والاذكار لا باس بها ويكره قراءة التورية والانجيل والزبور
والحائض والنفساء كالجنب ويجوز لهما التهجي بالقران والمعلمة اذا حاضت فعند الكرخي
تعلم كلمة كلمة وتقطع بين الكلمتين وعند الطحاوي تعلم نصف آية وتقطع ثم تعلم النصف الاخر

فصل

فصل

الفصل في اللغة ظ وفي الاصطلاح طائفة من المسائل تغيرت احكامها بالنسبة الى ما قبلها
ولما فرغ من بيان فروض الوضوء والغسل وسننها ومستحباتها ونواقض الوضوء
وموجباته شرع فيما يجوز به الوضوء والغسل ويجوز الطهارة بالماء المطلق
كماء السماء والعين والبئر والاودية والبحار قال في الهداية الطهارة من الاحداث
جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا
وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه قال صاحب
وجه التمسك ان الله تعالى ذكره في الآية مطلقا والمطلق ما يتعرض للذات دون
الصفات ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه لا يقال الآية تدل على ان الماء
المنزل من السماء طهور وليس غير المطر منزلا من السماء لانا نقول ههنا الله سبحانه
القران الله انزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض وقال انزل من
السماء ماء فسالت اودية بقدرها انتهى يقول الفقير فيه كلام وهو ان حاصل جوابه ان
المياه كلها ماء السماء بالنصوص فيرد انه لا يصح قول صاحب الهداية الطهارة
من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار والبحار حيث عطف على ماء السماء
ماء الاودية وسائر المياه التي ذكرها والمعطوف لا بد ان يكون مغايرا للمعطوف عليه
وكذا الحال في قول صاحب الوقاية وقول المص اللهم الا ان يقال عطف على ماء السماء
ماء الاودية وسائر ما ذكره من المياه عند تقرير المسئلة نظرا الى ظاهر الحال واعتبر انها كلها
الكل في ماء السماء عند ذكر الدليل نظرا الى التحقيق وقال الفاضل سعدي افندي
ولك ان تقول يكفي ذلك لغرضهم فان الاستدلال على بعض المدعي ثم الكل طريقة
يسلكها صاحب الهداية كثيرا وان غير طاهر بعض اوصافه كالتراب والزعفران والصابون
انما عد هذه الاشياء ليعلم ان الحكم لا يختلف بان كان المخلوط من جنس الارض كالتراب
او شيئا يقصد بخلطه التطهير كالاشنان والصابون او شيئا اخر كالزعفران وقال الشافعي
لا يجوز التوضي بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد
الا يرى انه يقال له ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا
ان الاسم باق على الاطلاق الا يرى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران
كاضافته الى البئر والعين يعني انها للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان المضاف
اذا لم يكن خارجا عن المضاف اليه بالعلاج فالاضافة للتعريف وماء الزعفران وماء البئر
والعين من هذا القبيل وان كان خارجا منه بالعلاج فهي للتقييد كماء الورد ونحوه
وقال المولى الفاضل سعدي افندي نقلا عن عصام الدين والفرق بينهما ان الاضافة لو كانت
لافادة ما لا يحتمله المطلق اصلا كما في ماء الباقلاء فهي اضافة تقييد وان كانت
لتعيين ما يحتمله المطلق اصلا كما في الاضافة الى المحل كماء البئر والعين فهي اضافة
تعريف انتهى فعلى هذا يكون في كون اضافة الماء الى الزعفران اضافة تعريف شيء تامل
ثم الظاهر ان قيد بعض اوصافه اشارة الى ان المتغير لو كان كلها لا يجوز اتفاقا
لكن قال صاحب النهاية والمنقول عن الاساتذة انه يجوز فانهم كانوا
يتوضؤون من مياه حياض تغير لونها وطعمها وريحها من اوراق الاشجار وقت الخريف
قال المولى ابن الملك وبوافقه ما ذكر في الينابيع لو نقع الحمص والباقلاء فتغير
لونه وطعمه وريحه يجوز الوضوء به قال المحشي المعروف بيعقوب باشا شرطه ان يكون
باقيا على رقته واما اذا غلب عليه غيره وصار ثخينا فلا يجوز وقال المحشي اخي چلبي
فيمكن ان يقال لم لا يجوز ان يكون مراد الفقهاء بلفظ الاجزاء لفظ الاحد هنا رعاية
لقاعدة المشاكلة بلفظ الاحد الذي وقع في المتغير بالنجس يعني لا يزول الطهورية
ههنا بتغير احد اوصافه كما يزول هناك • فليتامل بالانصاف

والمك ان تقول في توجيهه ان بعضهم قال لا يجوز التوضي بماء غيره كثرة الاوراق
بحيث يظهر لونها في الكف عند رفعه كما نقله الشارح نايبة عن المحيط فاراد صاحب الوقاية
الرد عليه فعبر بما عبر به من صورة التخصيص احترازا وفيها فليتامل انتهى ما ذكره الكواخي چلبي
يقول الفقير يرده ما قاله صدر الشريعة واما الماء الذي تغير بكثرة الاوراق الواقعة فيه
حتى اذا وقع في الكف يظهر فيه لون الاوراق لا يجوز به الوضوء كماء الباقلاء لكن قال
الكواخي چلبي فيه هنا مخالف لما نقله صاحب النهاية من الاسانيد الكلام الا ان يحمل على اختلاف
الروايتين تغير او انتن بالمكث لم يقل بطول المكث لان المياه متفاوتة فبعضها
يتغير بادنى مدة وقيد الطول يفيد ان تغير الحكم عند تغيره بسرعة لكن يمكن ان يقال
انه يعلم بالدلالة لانه تغير قال صاحب الاصلاح والايضاح اعلم انه اذا انتن الماء
فان علم ان نتنه للنجاسة لا يجوز به الوضوء والا يجوز حملا على ان نتنه بالمكث
قال صاحب القاموس النتن ضد الفوح يقال نتن ككرم وضرب نتانة وانتن فهو منتن
ومنتن بكسرتين وبضمتين وكقنديل وفي الجوهري النتن الرايحة الكريهة وقد
انتن فهو منتن ومنتن كسرت الميم اتباعا لكسرة التاء ونتنه بغيره تنتينا جعله
لا بماء خرج عن طبعه وهو الرقة والسيلان بكثرة الاوراق قال المسكين اي
بوقوع الاوراق الكثيرة لانه يتغير اوصافه جميعا وان جوزه الاسبانية على ما نقل منا
يقول الفقير لا يمكن الحمل على اختلاف الروايتين كما صرح به الكواخي چلبي آنفا
او بغلبة غيره اجزاء عند ابي يوسف لان حقيقة الغلبة بذلك ولونا عند محمد لانه
قال الحج ابن ملك واعلم ان عبارات الفقهاء مختلفة في هذا المقام اعتبر بعضهم غلبة الاجزاء
وبعضهم غلبة اللون وكل منهما لا يستقيم كليا لانا لو خلطنا اوقية زعفران باوقية ماء
لا يجوز به الوضوء ولو خلطنا ماء الورد بالماء لا يفيد اعتبار اللون فيه وذكر في
الماء الغير احد اوصافه لا يجوز به الوضوء وعبارة القدوري يدل على انه يجوز
وفي الغاية عن ابي يوسف انه اعتبر الثخن والرقة فاحتجنا الى توجيهات تحمل عباراتهم
عليها توفيقا فنقول والله الموفق انه كان المخالط للماء جامدا يعتبر فيه الثخن والرقة
فان كان جاريا على الاعضاء يجوز به الوضوء والا فلا فيحمل عليه ما ذكر في الغاية ويوافقه
ما ذكر في الفتاوى الظهيرية من ان الماء اذا اختلط بالزاج يجوز به الوضوء وان كان مايعا
فان وافق الماء في الاوصاف الثلاثة كالماء المستعمل وكالماء المأخوذ بالتقطير
يعتبر فيه غلبة الاجزاء فقط وان لم يوافقه فيها فان غير الاثنين او الثلاثة لا يجوز
الوضوء به والا جاز فيحمل عليه عبارة القدوري وان خالفه في الوصف او الوصفين
يعتبر الغلبة في ذلك الوجه كماء البطيخ فانه يخالف الماء في اللون والطعم فيعتبر الغلبة
بكليهما فيحمل عليه ما ذكر في تتمة الفتاوى ولعل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد
تظهر في صورة يكون المخالط مايعا مخالفا للماء في اللون فقط انتهى لله دره
او بالطبخ كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء والمرق اعلم ان صاحب الوقاية قال
لا بماء اعتصر من شجر او ثمر ولا بماء زال طبعه بغلبة غيره اجزاء او بطبخ كالاشربة والخل وماء الباقلاء
وقال صدر الشريعة الاشربة نظيرها اعتصر من الشجر والثمر والخل وماء الباقلاء
نظيرها غلب عليه غيره اجزاء والمرق نظيرها غلب عليه غيره بالطبخ انتهى يقول الفقير
ولم يذكر المصنف ما اعتصر من شجر وثمر بل قال ما تراه ثم مثل بعد قوله او بالطبخ
بالامثلة المذكورة وظني انه جعل الاشربة والخل مثالين لما غلب عليه غيره فيكون المراد
من الاشربة الحلو المخلوط بالماء كالدبس والشهد المخلوطين بالماء ومن الخل الخل المخلوط
بالماء على ما اشير اليه في النهاية والعناية وجعل ماء الورد وماء الباقلاء
والمرق مثالين لما تغير بالطبخ قال صاحب الهداية والمراد بماء الباقلاء ما تغير
بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به

ولا بماء قليل وقع فيه نجس ما لم يكن غديرا لا يتحرك طرفه المتنجس بتحريك طرفه الاخر
الى ان يكون عشرا في عشر وعمقه ما لا ينحسر الارض بالغرف فانه كالجاري وهو ما يذهب
بتبنة فيجوز الطهارة به ما لم ير اثر النجاسة وهو لون او طعم او ريح الغدير فعيل
بمعنى مفعول من غدر اذا ترك وهو الذي تركه ماء السيل وقيل بمعنى فاعل اي مغادر
وقيل بمعنى فاعل لانه يغدر باهله لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه قال صاحب
العناية اعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان الماء اذا خلص بعضه او وصل الى بعض كان
قليلا واذا لم يخلص كان كثيرا لا ينجس بوقوع النجاسة الا ان يتغير لونه او طعمه
او ريحه كالماء الجاري ثم اختلفوا فيما يعرف به الخلوص فذهب المتقدمون الى انه
يعرف بالتحريك فانه اذا حرك طرف منه ولم يتحرك الجانب الاخر فهو مما لا يخلص
بعضه ببعض والمراد بالتحرك هو التحرك بالارتفاع والانخفاض ساعة تحريكه
لا بعد المكث ولا معتبر بالحباب اي زبد الماء فان الماء وان كان صافيا يتحرك
ثم اختلف هؤلاء في سبب التحريك فروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه يعتبر
التحريك بالاغتسال وهو ان يغتسل انسان في جانب منه اغتسالا وسطا
ولا يتحرك الجانب الاخر وبه اخذ ابو يوسف وروى ابو يوسف ايضا عن ابي حنيفة
انه يعتبر التحريك باليد لا غير وروي عن محمد انه يعتبر التحريك بالتوضي وجه القول
الاول ان الحاجة الى الاغتسال في الحياض اشد من الحاجة الى التوضي لانه يكون
في البيوت عادة ووجه الثاني ان التحريك يكون بالاغتسال والتوضي وبغسل اليد
الا ان التحريك بغسل اليد اخف فكان الاعتبار به اولى تيسيرا وتوسعة على الناس
ووجه الثالث انه مبني الماء في حكم النجاسة على الخفة فان القياس ان ينجس وان كثر
الماء الا انه سقط حكم النجاسة عن بعض المياه تخفيفا فاعتبر التحريك الوسط وهو
التحريك بالوضوء وذهب المتاخرون الى انه يعرف بشيء اخر غير التحريك فمنهم من اعتبر
بالكدرة فقال اذا اغتسل فيه وتكدر الماء فان وصلت الكدرة الى الجانب الاخر
فهو مما يخلص والا فلا وروي عن ابي حفص الكبير انه اعتبر بالصبغ فقال يلقى زعفران
في جانب منه فان اثر الزعفران الى الجانب الاخر فهو مما يخلص والا فلا يخلص
وروي عن ابي سليمن الجوزجاني انه اعتبر بالمساحة فان كان عشرا في عشر فهو مما لا
وعن محمد انه سئل عن هذه المسئلة فقال ان كان مثل مسجدي هذا فهو
مما لا يخلص بعضه الى بعض فلما قام مسح مسجده فكان ثمانيا في ثمان وفي رواية
عشرا في عشر وبقول ابي سليمن اخذ عامة المشايخ ثم الفاظ الكتب
قد اختلفت في تعيين الذراع فجعل الصحيح في فتاوى قاضيخان ذراع المساحة
وهو سبع مشتات اي قبضات فوق كل مشت اصبع قائمة
وصاحب الهداية اختار للعنوان ذراع الكرباس وهي سبع مشتات
ليس فوق كل مشت اصبع قائمة توسعة للامر على الناس انتهى
ثم انهم اعتبروا في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف لا ينكشف ارضه بالاغتراف
وهو الصحيح وقال بعضهم المعتبر فيه ان يكون ذراعا وقال بعضهم
قدر شبر ثم انهم اختلفوا في تعريف الماء الجاري فقال بعضهم ما
يذهب بتبنة وقال بعضهم هو ما لا يتكرر استعماله وذلك بانه اذا
غسل يده وسال منه الماء الى النهر فاذا اخذه ثانيا لا يكون فيه شيء
من الماء الاول وقال بعضهم والاصح انه ما يعده الناس جاريا
اذا عرفت هذا فاعلم ان الغدير العظيم حكمه حكم الماء الجاري
فان كانت النجاسة مرئية لا يتوضأ من موضع النجاسة بل من الجانب
الاخر وان كانت غير مرئية يتوضأ من جميع الجوانب

ولا بماء قليل

قال صاحب الاصلاح والايضاح نقلا عن صاحب التحفة اذا وقع النجس في الماء
فاما ان يكون الماء جاريا او راكدا فان كان جاريا ان كانت النجاسة غير مرئية
فانه لا ينجس ما لم يتغير لونه او طعمه او ريحه وان كانت مرئية مثل الجيفة ونحوها
فان كان النهر كبيرا فانه لا يتوضأ من اسفل الجانب الذي وقعت فيه النجاسة
ولكن يتوضأ من الجانب الآخر لانه تيقن وصول النجاسة الى الموضع الذي يتوضأ
وان كان النهر صغيرا بحيث لا يجري بالجيفة بل يجري الماء عليها ان كان يجري عليها
جميع الماء فانه لا يجوز التوضي من اسفل الجيفة لانه نجس جميع الماء والنجاسة
لا تطهر بالجريان وان كان يجري عليها بعض الماء فان كان يجري عليها اكثر الماء
فهو نجس وان كان يجري عليها اقل الماء فهو طاهر لان العبرة بالغالب
وان كان يجري عليها النصف يجوز التوضي في الحكم ولكن الاحوط
ان لا يتوضأ منه وفي البدايع ايضا على هذا التفصيل انتهى
يقول الفقير في نقله قصور لو قال وقع في المنقول عنه هذا الفصل توجه القصور اليه
لانه قال في ابتداء كلامه فاما ان يكون الماء جاريا او راكدا ثم بين حكم الماء الجاري
فقط وسكت عن حكم الماء الراكد والمقسم يقتضي تبيين [illegible]
وقال الشافعي ان كان دون القلتين كان قليلا وان كان قلتين فصاعدا كان كثيرا
وقال مالك ان كان الماء بحال لو وقع فيه النجاسة تغير لونه او طعمه او ريحه
كان قليلا وان لم يتغير منه شيء كان كثيرا وقوله ما لم ير اثر النجاسة اي لم يعلم
بالطريق الموضوع لكل من الاثر وهو البصر في اللون والذوق في الطعم والشم في الرائحة
والماء المستعمل طاهر غير مطهر هو المختار وعن الامام انه نجس مغلظ وعند ابي يوسف
نجس مخفف لكن من حقه ان يتبع تعريفه على حكمه الا ان الكتاب
موضوع لبيان الاحكام فلهذا قدم حكمه ثم انهم اختلفوا في حكمه فقال محمد
وهو رواية عن ابي حنيفة انه طاهر غير طهور والفتوى عليه نقله صاحب النهاية عن المحيط
ولهذا قال المص هو المختار وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة انه نجس نجاسة
غليظة اعتبارا بالماء الذي ازيل به النجاسة الحقيقية وعند ابي يوسف
نجس نجاسة مخففة وهو رواية عن الامام لمكان الاختلاف في نجاسته وطهارته
وللضرورة اذ صون الثياب عنه متعذر فخف حكمه
وللشافعي فيه ثلاثة اقوال اظهرها واولها كما قال محمد انه طاهر غير طهور
وقال في قول طاهر مطهر وقال في قول ان كان المستعمل محدثا فهو
طاهر غير طهور وان كان متوضئا فهو طاهر وطهور وهو قول زفر
وقال مالك طاهر وطهور لما ان عنده اذا وقعت في الماء نجاسة حقيقية
ولم يتغير طعمه ولا لونه ولا ريحه لا يصير نجسا الا انه قال احب الي ان يتوضأ
بغيره وهو ما استعمل لقربة او لرفع حدث عند ابي حنيفة وابي يوسف
فان توضأ المحدث وضوءا غير منوي يصير مستعملا لازالة الحدث
ولو توضأ غير المحدث وضوءا منويا يصير مستعملا ايضا لوجود القربة
ولو توضأ غير المحدث للتبرد لا يصير مستعملا بالاجماع
خلافا لمحمد فان عنده انما يصير مستعملا بالاول فقط لان الاستعمال
بانتقال نجاسة الآثام اليه وانما تزال بالقرب وهما يعتبران
اسقاط الفرض مؤثرا ايضا فيثبت الفساد بامرين وهما ازالة الحدث واقامة القربة
قال صدر الشريعة وعند الشافعي بازالة الحدث لكن ازالة الحدث
لا تتحقق الا بنية القربة عنده بناء على اشتراط النية في الوضوء

ورده صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في البدايع هذا الاختلاف لم ينقل
منهم نصا لكن مسائلهم تدل عليه فانهم قالوا اذا اغتسل المحدث او توضأ للتبرد صار الماء مستعملا
عند الشيخين ونحو الشافعي لوجود ازالة الحدث خلافا لمحمد لعدم اقامة القربة
وهذا النقل منه صحيح فان الشافعي لا يقول باشتراط النية في ازالة الحدث
نعم قال به في صحة الوضوء الذي هو شرط للصلاة ومن لم يفرق بين المقامين قال
ازالة الحدث لا تتحقق الا بنية القربة عنده بناء على اشتراط النية في الوضوء انتهى
قال الفاضل قاضي زاده قلت ما ذكره صدر الشريعة هاهنا موافق لما ذكر في كثير من الكتب
كالعناية ومعراج الدراية وغيرهما فرده بمجرد ما ذكر في البدايع من فروع يدل على صحة
ذلك وفساده غير مقبول عند المحصلين كذا لا يخفى على ذي مسكة على ان ما ذكر في البدايع
في هذا المقام ليس بمعقول المعنى اذ يلزم على ذلك ان يتحقق ازالة حدث الوضوء الاول
بدون ان يتحقق الوضوء منه وان يتحقق الوضوء المزيل للحدث منه بدون ان يتحقق جواز
الصلاة له من غير وضوء اخر ولا يخفى على الفطن ما في كلا الامرين ولعل ما ذكر الشافعي
في البدايع في الصورة المذكورة وقع سهوا من قلم الناسخ وقد اغتر به صاحب الاصلاح
والايضاح انتهى ويصير مستعملا اذا انفصل عن البدن وقيل اذا استقر في مكان
قال صاحب الهداية الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال
قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده قال صاحب العناية اتفق علماؤنا على ان
الماء ما دام مترددا على العضو ليس له حكم الاستعمال فاذا زايل العضو ولم يستقر في مكان
او اناء اختلفوا فيه فقال سفيان الثوري وابراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ وهو اختيار
الطحاوي لا يصير مستعملا وذهب اكثر اصحابنا الى انه كما زايل العضو يصير مستعملا
وبالاول كان يفتي ظهير الدين المرغيناني انتهى وقال المحشي المعروف بيعقوب باشا
ما ذكره اصحابنا مخرج على قول ابي حنيفة وابي يوسف من ان الماء المستعمل نجس مغلظ
وفي الخلاصة ان المختار انه لا يصير مستعملا ما لم يستقر في مكان وسكن عن التحرك
فمن نسي مسح رأسه فاخذ من لحيته ماء ومسح به رأسه لا يجوز على ما ذكر في الهداية
ويجوز على اختيار الطحاوي وبعض مشايخ بلخ ولو انغمس جنب في البئر بلا نية
فقيل الماء والرجل نجسان عند الامام الماء لاسقاط الفرض عن البعض
باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء والاصح ان الرجل طاهر
والماء مستعمل عنده لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال فلا يكون الماء
باول الملاقاة نجسا فيطهر الرجل عن جنابة وهذه رواية اخرى عن ابي حنيفة
وعند ابي يوسف هما على حالهما الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده
لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم اسقاط الفرض والقربة وعند محمد
الرجل طاهر والماء طهور الرجل طاهر لعدم اشتراط الصب والماء طهور
لعدم نية التقرب وانما قال والماء طهور ولم يقل طاهر لان الماء المستعمل طاهر عند محمد
وانما قال بلا نية لانه لو انغمس للدلو فالماء فاسد عند الكل كذا قاله صاحب العناية
وقال مولى الفاضل سعدي افندي لا نعلم ذلك عند ابي يوسف فانه يشترط عنده الصب
ولم يعين ثم ان المراد بالجنب في هذه المسألة الجنب الذي ليس على بدنه نجاسة
فانه لو كان على بدنه نجاسة يفسد الماء بالاتفاق واشار ايضا صاحب العناية اليه
وموت ما يعيش في الماء فيه متعلق بموت لا ينجسه كالسمك والضفدع
والسرطان وقال الشافعي يفسده الا السمك ولنا انه مات في معدنه
فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن
في الماء والمنجس هو الدم وفي غير الماء قيل يفسده غير السمك لانعدام
المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم والضفدع البري والبحري سواء

وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه فيها وما في معاش دون مولده كالبط والاوز
قال في المستصفى وفي بعض النسخ لم يذكر كلمة في والشيخ شمس الائمة اشتهر الكون في الماء
مجمعا عليها لانه اذا مات في دن الخل قيل يفسده وقيل لا يفسده انتهى
وكذا موت ما لا نفس له سائلة كالبق والذباب والزنبور والعقرب
النفس بسكون الفاء الدم يقال سال نفسه وفي الحديث ما ليس له نفس سائلة
فانه لا ينجس الماء اذا مات فيه كذا في الصحاح وقال الشافعي يفسده لان التحريم لا بطريق
الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عليه السلام
فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه حين سئل عن اناء فيه طعام وشراب
يموت فيه ما ليس له نفس سائلة ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند
الموت حتى حل المذكى وطهر. وكل اهاب دبغ فقد طهر الا جلد الادمي
لكرامته والخنزير لنجاسة عينه مناسبتها بهذا المقام باعتبار جعله قربة يتوضا
منها كما ان ذكر الشعر والعظم ونحوهما باعتبار انها اذا وقعت في الماء هل يجوز
الوضوء منه اولا فلا يتوجه توهم كونها من غير هذا الباب والاهاب جلد لم يعمل للدباغ
ولم يدبغ بعد والدباغة هي ازالة النتن والرطوبات النجسة من الجلد فان كانت
بالادوية كالقرظ ونحوه يطهر بها الجلد ولا يعود نجاسة ابدا وان كانت
بالتراب او بالشمس يطهر اذا يبس ثم ان اصابه الماء هل يعود نجسا ففيه
روايتان وعن ابي يوسف ان صار بالشمس بحيث لو ترك لم يفسد كان دباغة
وعن محمد جلد الميتة اذا يبس ثم وقع في الماء لم ينجس من غير فصل كذا في التسهيل
قال الفاضل قاضي زاده ثم انه قال الزيلعي في شرح الكنز واستثناء الادمي
مع الخنزير يدل على انه لا يطهر وليس كذلك بل اذا دبغ طهر ولكن لا يجوز
الانتفاع به كسائر اجزائه انتهى وقال بعض شراح الوقاية الاستثناء من الطهارة
نجاسة وهنا في جلد الخنزير مسلم فانه لا يطهر بالدباغ واما جلد الادمي ففي غاية
السروجي ذكر انه اذا دبغ طهر لكن لا يجوز الانتفاع به كسائر اجزائه
فكيف يصح هذا الاستثناء وقصد المحشي المعروف بيعقوب باشا ان يصحح هذا
الاستثناء فقال يعني جاز استعماله شرعا الا جلد الخنزير لنجاسته وجلد
الادمي لكرامته ثم قال فلا يرد ما قيل ان الاستثناء من الطهارة نجاسة
وهنا في جلد الخنزير مسلم فانه لا يطهر بالدباغ واما جلد الادمي فقد ذكر انه
اذا دبغ طهر لكن لا يجوز الانتفاع به كسائر اجزائه فكيف يصح هذا الاستثناء
قلت فيه خلل لانه ان اراد ان معنى قول المص فقد طهر معنى جاز استعماله
شرعا فليس كذلك قطعا وان اراد ان معنى قوله طهر مستلزم معنى جاز استعماله شرعا
فيتعلق الاستثناء بذلك المعنى المفهوم من الكلام المذكور استلزاما
التزاما بصريح الكلام المذكور فيصح الاستثناء بالنظر الى الادمي ايضا
لعدم جواز استعماله شرعا كعدم جواز استعمال جلد الخنزير وان كانت
علة عدم جواز الاستعمال مختلفة فيهما قلنا يلزم ح ان يبقى صريح معنى الكلام
المذكور على كليته بلا استثناء شيء منه وليس بصحيح اذ لا يطهر جلد الخنزير بالدباغ
فلا صحة للكلية المذكورة لا يقال يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بقوله
فقد طهر معنى فقد جاز استعماله شرعا مجازا بطريق ذكر الملزوم وارادة
اللازم وجعل استثناء الادمي قرينة عليه فلا يراد حقيقة قوله فقد طهر
لامتناع الجمع بين الحقيقة والمجاز فلا يكون الكلية الا في جواز الاستعمال
وقد استثنى منه جلد الخنزير والادمي فلا يلزم المحذور لانا نقول
طهارة الشيء حقيقة لا يستلزم جواز استعماله شرعا

الا يرى ان جلد الادمي اذا دبغ طهر ولكن لا يجوز به الانتفاع شرعا احتراما له
نص عليه في المحيط والبدائع وغيرهما وكذا شعر الانسان وعظمه طاهران عندنا
ولكن لا يجوز الانتفاع بشيء منها لكرامة الانسان على ما صرحوا به قاطبة
فلم يتحقق علاقة اللزوم بين طهر وبين جاز استعماله شرعا حتى يصح حمل قوله فقد
طهر على معنى فقد جاز استعماله شرعا مجازا بعلاقة اللزوم وايضا قوله وكل
اهاب دبغ فقد طهر ليس عبارة فقط بل هو كلام عامة الفقهاء

اي بل هو لفظ الحديث النبوي وهم قد تلقوه به شرعا منه

ولا شك ان مرادهم به ليس مجرد جواز استعماله شرعا بل بيان طهارة حقيقة
والا يلزم ان يكون بيان طهارته حقيقة متروكا بالكلية مع كونه امرا مهما
يترتب عليه كثير من المسائل منها اذا وقع منه شيء في الماء الراكد
القليل لا ينجسه ومنها اذا وقع منه في بدن المصلي او في ثوبه يجوز الصلاة
الى غير ذلك وايضا قد استدلوا عليه بقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد
طهر ولم ينازع احد في كون المراد بالطهارة فيه هو الطهارة حقيقة انتهى ما
ذكره الفاضل قاضي زاده يقول الفقير لا ينحصر العلاقة في اللزوم فليكن
طهر مجازا عن جاز استعماله شرعا بعلاقة اخرى لان بينهما علاقة السببية
والسببية متحققة لا تنكر بالكلية وان لم يكن بينهما علاقة اللزوم تدبر
حقيقة الحال حتى يصل الى المآل وانما قدم الخنزير في اكثر الكتب
في هذا المحل استثناء لان فيه اشارة الى كمال عدم قابلية الطهارة
في الخنزير وانما اخره في هذا المحل امتثالا عن المواضع بتقديم العظم كما في
قوله لهدمت صوامع وبيع ومساجد والمص قدم الادمي نظرا الى كرامته
وذكر في الخلاصة عن ابي يوسف ان الخنزير اذا ذبح يطهر جلده بالدباغ
والفيل كالسبع وعند محمد كالخنزير يعني قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
الفيل ينتفع به حقيقة فيجوز منتفعا به شرعا كسائر السباع وقال محمد الفيل نجس العين
لانه كالخنزير في الشكل وحرمة اللحم فلا ينتفع بشيء من اجزائه كالخنزير قالوا وما
طهر جلده بالدباغ طهر بالذكاة وكذا الحيوان لم يؤكل لانها تعمل عمل الدباغ في
ازالة الرطوبات النجسة لانها تمنع من اتصالها والدباغ يزيل بعد الاتصال
ولما كان الدباغ المزيل للاتصال مزيلا ومطهرا كانت الذكاة المانعة من الاتصال اولى
ان تكون مطهرة وكذلك يطهر لحمها وان لم يؤكل حتى اذا صلى ومعه من لحم
الثعلب المذبوح مثلا اكثر من قدر الدرهم جازت صلاته قال صاحب الدرر والغرر
بعد نقل هذه العبارة من الهداية والوقاية اقول فيه تسامح لان الظاهر ان ضمير
طهر الثاني راجع الى ما وهو فاسد لاقتضائه استدراك قوله الآتي وكذا لحمه
وان ارجع الى جلده لزم التفكيك انتهى وقال المحشي المعروف بيعقوب باشا
الضمير المستتر في طهر عائد الى الجلد لا الى كلمة ما بدليل التعرض لطهارة اللحم بعده
ولا تسامح فيه كما توهم البعض فان قيل لم يجعل عائدا الى كلمة ما حتى لا يحتاج
الى هذا التعرض والتصريح قلت لان الحيوان بجميع اجزائه لا يطهر بالذكاة اذ منها
ما يبقى نجسا كالفضلات التي في الامعاء ومنها ما لا يدخل المذكور في طهارته اصلا
كالشعر والعظم انتهى يقول الفقير رجوع الضمير المستتر في طهر الثاني
الى الجلد لا الى كلمة ما مما لا يناسب علم النحو اذ تقرر فيه ان الخبر اذا كان
جملة لا بد فيه من عائد فعلى تقدير ان لا يرجع ضمير طهر الثاني الذي هو خبر
المبتدأ الى كلمة ما التي هي المبتدأ يلزم ان يخلو الجملة الواقعة خبرا
عن العائد الى المبتدأ وهو لا يجوز الا ان يدعي الحذف اي ما طهر جلده
بالدباغ طهر جلده منه بالذكاة اي ما طهر جلده بالدباغ

والعجب من صاحب التحرير والغرر انه تشبث بلزوم التفكيك على تقدير
رجوع الضمير طهر الثاني الى الجلد ولم يتعرض للزوم فقدان الضمير العائد
الى المبتدا مع كون الاول امرا سهلا بالنسبة الى الثاني فمن المحشى
انه ذهب الى رجوع الضمير الى الجلد وقال لا نسلم فيه من عزان الحذف
اللازم على تقدير ارجاع الضمير الى الجلد وقال مولانا محمد اكرم في تعليقاته
على الدرر قلنا لا نسلم التفكيك لان تقدير الكلام ما يطهر جلده بالدباغ
يطهر جلده بالذكاة فرجع الضمير ليس باجنبي عن الاول حتى يلزم التفكيك
ولئن سلم فقبح التفكيك عند لزوم اللبس وعدم ظهور المراد وذكر اللحم هنا
قرينة معينة انتهى وشعر الميتة وعظمها وعصبها وقرنها وحافرها طاهر
وقال الشافعي نجس لان كلا منها من اجزاء الميتة ولنا انه لا حياة فيها
ولهذا لا يتالم بقطعها فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحياة كذا في الهداية
فان قيل قوله تعالى من يحيي العظام وهي رميم قل يحييها الذي انشاها اول مرة يدل على حياة العظام
فلا يتم القول بانه لا حياة فيها قلنا هذه الدلالة ليست بقطعية لجواز
ان يراد باحيائها ردها الى ما كانت عليه من كونها طرية غضة رطبة
صالحة لعود الحياة البدن كذا في الكشاف او يراد بالعظام النفوس على
ان يعود الضمير في قوله وهي رميم الى العظام الحقيقية على طريق الاستخدام
او يكون الاسناد مجازا لان الرميم اسم للعظم البالي او يراد احياء
صاحب العظم على تقدير المضاف كذا في العناية ثم انه خطر ببال
الفقير ان الطريقة المذكورة في الهداية وهي قوله لا حياة فيها ولهذا لا يتالم
بقطعها لا تجري في العصب لانه لا يمكن ان يقال ليس فيه حياة ولا يتالم بقطعه
ثم رايته في حاشية المحشي الفاضل المعروف بيعقوب باشا حيث قال
واعلم ان الطريقة المذكورة في الهداية لا تجري في عصب الميتة كما لا يخفى
بل الطريقة الثالثة لما ذكر في بعض الكتب ان الموت لا ينجس بذاته
بل باقتضائه الى اختلاط الرطوبات النجسة بالاجزاء ولا يتصور ذلك
في العصب لانه شيء صقيل وكذا انه سائر فليتامل لله دره
وكذا شعر الانسان وعظمه وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه
ولنا ان حرمة الانتفاع وبيعه لكرامة الانسان فلا يدل على النجاسة فان الانسان
مكرم قال الله تعالى ولقد كرمنا بني ادم فنزعهما وبيعهما اهانة فحرمها للكرامة
لا للنجاسة وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق شعره وقسمه بين اصحابه
وذلك دليل طهارته ولا يمكن ان يدعى الفرق بينه وبين الاخرين في مثل هذا تامل
فتجوز الصلاة معه وان جاوز قدر الدرهم تفريع على جملة الامور المذكورة والضمير
في معه راجع الى كل واحد مما ذكر وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة خفيفة حتى ان وقع
في البئر يكون نجسا وينزح ماء كله عندهما خلافا لمحمد فانه عنده طاهر فلا ينزح
ماء البئر اذا وقع فيه الا اذا غلب على الماء واخرجه من ان يكون طهورا
استدل محمد بحديث العرنيين ولهما ما استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا
عن البول فان عامة عذاب القبر منه وهو متاخر عن حديث العرنيين وهو لانه يتناول جميع
والعام يوجب الحكم فيما يتناوله قطعا فيجوز نسخ الخاص به وهو حديث العرنيين على ما بينه
ولا يشرب بول ما يؤكل ولو للتداوي خلافا لابي يوسف فعند محمد يشرب مطلقا لطهارته
وعند ابي حنيفة لا يشرب مطلقا لنجاسته وعند ابي يوسف يشرب للتداوي ولا يجوز لغيره
لابي حنيفة انه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة الثابتة لامر موهوم
ولابي يوسف انه اذا كان للتداوي يحل شربه لقصة العرنيين قلنا عرف النبي
شفاءهم فيه وحيا فلو قيس عليها غيرها او نقول انه منسوخ فلا يجوز القياس عليه

فصل

فصل

لما كان لطهارة ماء البئر بعد التنجس اختصاص بنوع من التطهير لكون مسائل البئر مبنية على اتباع الاثار
دون القياس كما نص اهليه ذكر احوال ماء البئر في فصل على حدة كذا في تعليقات الفاضل زاده
على صدر الشريعة وقال صاحب النهاية والعناية لما ذكر حكم الماء القليل انه يتنجس كله
عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله وورد عليه ماء البئر نقضا بانه لا ينزح كله في بعض الصور
استدعى ذلك ذكر ماء البئر على حدة اقول الفقير لما ذكر في اثناء ذكر ما يجوز به الوضوء
وما لا يجوز مسائل انغماس الجنب في البئر لطلب الدلو وبين بعضا من مسائل البئر في
النجاسة الحكمية وهي الجنابة اتبعها باقي مسائل البئر بفصل على حدة لكون باقيها نجاسة
في الحكم لها فقال ينزح البئر قال صاحب النهاية مسائل الابار مبنية على اتباع الاثار
والا ففيها قياسان اذا وقعت فيها النجاسة اما ان يطم البئر اي يغور ولا ينتفع
بها ابدا لاختلاط النجاسة بالاوحال والجدران كما قاله بشر واما ان لا يتنجس ابدا
كالماء الجاري لانه كلما ينزح من اعلاه ينبع من اسفله فصار كحوض الحمام اذا كان يصب من جانب وياخذ
من جانب حتى لا يتنجس بادخال اليد النجسة فيه اذا كانت الحالة هذه ولهذا نقل عن محمد
انه قال اجتمع رايي وراي ابي يوسف ان ماء البئر في حكم الماء الجاري الا ان الاثار تركنا القياس
واتبعنا الاثار وعند الشافعي يستخرج الفارة ويبقى الماء طاهرا كما ان المذهب عنده
ان الماء اذا بلغ قلتين لم يحمل خبثا فماء البئر اكثر من قلتين فلا يتنجس لهذا وبعض
من اصحاب الشافعي طعن لنا في هذا فقالوا ما اكيس هؤلاء حيث ميزوا الماء النجس من الطاهر
قال شمس الائمة هذا في الحقيقة طعن للسلف لما ان طهارة ماء البئر بنزح بعض الدلاء
قول السلف من الصحابة والتابعين فيقال لهم ما اكيس قرة الشافعي حيث ميز المحق
من المبطل في البينات اذ انها رضي قرعة تلك اكيس من دلونا كذا في الفتاوى الظهيرية
انتهى ما ذكر صاحب النهاية لله دره لو وقع نجس اي ينزح كل مائها من قبيل ذكر المحل
وارادة الحال والمراد بالبئر ما كان دون عشر في عشر اذ لو كان عشرا في عشر لا يتنجس بشيء
من الامور المذكورة ما لم يتغير لون الماء او طعمه او ريحه كما صرح به في نهاية المعتبرات كذا قال
المولى الفاضل زاده في تعليقاته على صدر الشريعة لا ببعر وروث وخثي ما لم يستكثره
الناظر البعر للبعير والشاة من بعر اي القى البعر من حد منع والروث للفرس والحمار
من راث الفرس من حد نصر والخثي بكسر الخاء المعجمة وسكون الثاء المثلثة واحد الاخثاء
للبقر من خثى البقر خثيا من باب ضرب كذا في الصحاح والقياس ان يفسده لو وقع
النجاسة في الماء القليل لكن لم يفسده استحسانا لان الابار التي في الفلوات ليست
لها رؤوس حاجزة اي مانعة عن وقوع النجاسات فيها والمواشي تبعر حولها ثم يلقيها الريح
فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة
وعليه الاعتماد ومنهم من قال الكثير هو ان يغطي وجه الماء وقيل وجه اكثره وقيل ربعه وقيل ان لا يخلو
دلو من بعرة وانما قلنا وعليه الاعتماد لان ابا حنيفة رح لا يقدر شيئا بالراي في مثل
هذه المسائل التي يحتاج الى التقدير فيها ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمكسر
قالوا في الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين ترمى البعر ويشرب اللبن لمكان الضرورة
كذا في الهداية قال صاحب النهاية هنا اذا رميت من ساعة ولم يبق لها لون هكذا
ذكره شيخ الاسلام في المبسوط لعموم البلوى والضرورة لان من عادتها انها تبعر عند الحلب
وللضرورة اثر في اسقاط حكم النجاسة انتهى ولا بخرء حمام وعصفور فانه طاهر
يعني ان وقع فيها لا يفسد الماء خلافا للشافعي لانه استحال الى نتن وفساد
فاشبه خرء الدجاجة والقياس ما قاله الشافعي لكن استحسن علماؤنا لحديث ابن مسعود
فانه خرئت عليه حمامة فمسحه باصبعه وكذلك ابن عمر رضي الله عنهما ذرق عليه طائر فمسحه
وصلى ولم يغسل ولان الحمام ترك في المسجد حتى في المسجد الحرام مع علم الناس بما يكون منها

واصله حديث ابي امامة الباهلي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم شكر الحمامة فقال انها
اوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله تعالى بان جعل المساجد ماويها فاجمع المسلمون
على اقتنائها في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها قال الله تعالى ان طهرا بيتي الآية
وقال صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم الحديث ففي ذلك دلالة ظاهرة على
عدم نجاسة خرءها واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحمأة يعني ان موجب التنجس النتن
والفساد والنتن هاهنا غير موجود وانتفاء الجزء يستلزم انتفاء الكل فان قيل الفساد موجود مما
يوجبه قلنا منقوض بالمني فانه قد فسد وهو طاهر على اصله وسائر الاطعمة تفسد بطول المكث
ولا تنجس كذا في العناية وخرء ما لا يوكل لحمه من الطيور كما ذكره في الجامع الصغير انه يجوز الصلاة
وان كان اكثر من قدر الدرهم في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز فهو بمنزلة خرء ما لا
واختلف مشايخنا في قول ابي حنيفة وابي يوسف فمنهم من قال هو نجس عندهما لكن التقدير
بالكثير الفاحش لعموم البلوى والاصح انه طاهر عندهما كذا في النهاية
وان علم وقت الوقوع حكم بالتنجس من وقته وهذا بالاتفاق والا اي وان لم يعلم وقت الوقوع
فمن يوم وليلة ان لم ينتفخ الواقع ولم يتفسخ ومن ثلاثة ايام ولياليها ان انتفخ او تفسخ
لان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ والتفسخ دليل
التقادم فيقدر بالثلاث لان الانتفاخ او التفسخ لا يكون الا بعد ثلاثة ايام غالبا
ولهذا لا يصلى بعد ثلاثة ايام على قبر من دفن قبل ان يصلى عليه فيعيدون الصلوات التي
صلوها في تلك المدة ان كانوا توضأوا واغتسلوا من مائها ويغسلون الثياب التي
غسلوها بذلك الماء مرة اخرى بماء آخر ولا ياكلون الخبز الذي عجنوه من مائها
قال المولى الفاضل اخي جلبي هذا هو المذكور في المعتبرات والمشهور في الرواية عن الامام
لكن قال الفاضل الزيلعي بعد قول صاحب الكنز ونجستها منذ ثلاثة ايام يعني في حق
الوضوء حتى يلزمهم اعادة الصلوات اذا توضأوا منها واما في حق غيره فانه يحكم بنجاستها
في الحال من غير اسناد لانه من باب وجود النجاسة في الثوب حتى اذا كانوا اغتسلوا الثياب
لا يلزمهم الا غسلها في الاصح وفيه نوع اشتباه حتى حذف بعضهم حرف الاستثناء
من كلامه فليتامل يقول الفقير معنى كلامه انه لا يلزمهم الا غسلها لا اعادة الصلوات
التي صليت فيها فحرف الاستثناء في محله تدبر وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل
قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها
وقالا من وقت الوجدان لان اليقين لا يزول بالشك فصار كمن رأى في ثوبه نجاسة ولا يدري
متى اصابته وينزح عشرون دلوا وسطا الى ثلاثين بموت نحو فارة او عصفور او سام ابرص
يعني بعد اخراجها لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر فاخرجت من ساعتها
ينزح عشرون دلوا منها والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها
والعشرون بطريق الايجاب والثلاثون بطريق الاستحباب كذا في الهداية
قال في النهاية وهذان الحديثان ذكرهما شيخ الاسلام في مبسوطه احدهما انه
جاءت في رواية انس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الفارة
اذا وقعت في البئر فماتت فيها ينزح منها عشرون دلوا او ثلاثون هكذا رواه
ابو علي السمرقندي باسناده او لاحد الشيئين فكان الاقل ثابتا بيقين وهو معنى الوجوب
والاكثر يوتى به لئلا يترك اللفظ المروي وان كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب
لكن ان الرواية اختلفت فيها اختلافا كثيرا فروي عن علي بن ابي طالب في الفارة
يموت في البئر ينزح منها كلها وفي رواية سبع دلاء وفي رواية عشرون وفي رواية ثلاثون
وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما في الفارة اربعون فاخذ بعضهم اوجب في الفارة
عشرين وبعضهم اقل من عشرين وبعضهم اكثر من عشرين فاخذ علماؤنا بالعشرين
لانه الوسط بين القليل والكثير فكان هو واجبا للتعيين وما وراءه استحبابا

واعترض

واعترض صاحب النهاية على المعنى الثاني حيث قال فيه نظر لان هذا المعنى موجود في
ثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب انتهى يقول الفقير هذا النظر ساقط لان وجود هذا المعنى
في ثلاثين ممنوع بل الثلاثون انما هو الوسط بين الاوسط والاكثر لا بين القليل والكثير
فان الروايات الواردة في الفارة كانت خمسا احدها دلاء بدون التعيين فهي محمولة على
الاقل المتيقن من صيغة الجمع وهو الثلاث والثانية سبع دلاء والثالثة عشرون والرابعة
الثلاثون والخامسة الاربعون ولا يذهب عليك ان العشرين من بين هاتيك الروايات
هو الاوسط بين القليل والكثير لان القليل هو الثلاث والسبع والكثير هو الثلاثون
والاربعون فالعشرون الوسط بينهما فتدبر حق التدبر يحصل لك نتيجة التفكر
وينزح اربعون الى ستين بنحو حمامة او دجاجة او سنور قال صاحب الهداية وفي الجامع الصغير
اربعون او خمسون وهو الاظهر لحديث ابي سعيد الخدري انه قال في الدجاجة اذا ماتت
في البئر ينزح منها اربعون دلوا هذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب
قال صاحب العناية وجه كونه اظهر ان الجامع الصغير آخر التصنيفات فيكون القول المذكور فيه
هو المرجوع اليه وينزح كله بنحو كلب او شاة او ادمي او انتفاخ حيوان او تفسخه
لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم
وان انتفخ او تفسخ نزح ايضا جميع الماء صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء
وان وقع فيه خنزير لا يشترط لنزحه موته بل ينجس حين ما خرج حيا ايضا وكذا الكلب عند
من يقول بنجاسة عينه وفي القنية والذي صح عندي من الروايات ان الكلب ليس نجس العين عنده
ونجس العين عندهما وفي شرح الزيلعي انه لا يفسد ما لم يدخل فاه لانه ليس نجس العين لجواز
الانتفاع به حراسة واصطيادا واجارة وبيعا وفي فتاوى ابي الليث اذا دخل الماء ثم خرج
وانتفض فاصاب ثوب انسان افسده ولو اصابه ماء المطر والمسئلة بحالها لم يفسده
لان الماء في الاول اصاب جلده وجلده نجس وفي الثاني اصاب شعره وشعره طاهر كذا
في حاشية اخي يعقوب باشا ولو وجب نزح البئر فنزحوا كل يوم دلوا حتى نزحوا مقدار
الواجب اجزأهم كذا في معراج الدراية والتبيين وان لم يمكن نزحها بان كانت معينة
ينزح قدر ما فيها وطريق معرفته ان يحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح
منها الى ان يمتلئ او يرسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء
ثم يعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء حتى اذا كان طول الماء
عشر قصبات فانتقص بعشر دلاء قصبة واحدة يعلم ان كل الماء مائة دلو فينزح تسعون
دلوا اخرى وهذان عن ابي يوسف ويفتى بنزح مائتي دلو الى ثلاثمائة هذا رواية
عن محمد فكانه بنى جوابه على ما شاهده في بلده لان بلده بغداد وغالب مياه ابار بغداد
لا يزيد على ثلاثمائة دلو وعن ابي حنيفة في مثله ينزح حتى يغلبهم طهارة الماء ولم يقدر
بشيء كما هو دابه في المقدرات وقيل يوخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا
اشبه بالفقه ولذلك قدم السؤال على التحري عند اشتباه القبلة واعتبر حال شاهدين
في قول رجلين في جزاء الصيد حيث قال في محكم كتابه يحكم به ذوا عدل منكم
وقال فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون
وما زاد على الوسط احتسب به لان المعتبر هو الوسط يقول الفقير لو قال ما خالف الوسط
احتسب به لاشتمل صورة النقصان ايضا وقيل يعتبر في كل بئر دلوها وقيل يعتبر
فيها صاع فلو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا وسطا او عشرين دلوا
صاع جاز لحصول المقصود وكان الحسن بن زياد يقول لا يطهر بهذا لانه عند تكرار النزح ينبع
من اسفلها ويوخذ من اعلاها فيكون في حكم الماء الجاري وهذا لا يحصل بنزح دلو عظيم
ونحن نقول هذا لما تقرر الشرع الدلاء بعد ما عرفنا ان المعتبر القدر المنزوح
وان معنى الجريان ساقط لان ذلك يحصل بدون النزح كذا في النهاية نقلا عن المبسوط

وسؤر الادمي والفرس وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب ولعابه طاهر
لتولده من لحم طاهر ويدخل في هذا الجنب والحائض والكافر لكونه آدميا ولا اثر لهذه العوارض
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لقي حذيفة رضي الله عنه فمد يده ليصافحه فقبض يده
وقال اني جنب فقال صلى الله عليه وسلم المؤمن لا ينجس وروي عن عائشة رضي الله عنها
انها شربت من اناء في حال حيضها فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمه على موضع فمها
ولما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا مشركين
ولو كان عين المشرك نجسا لما فعل ذلك ولا يعارض بقوله تعالى انما المشركون نجس لان المراد به
وسؤر الكلب والخنزير وسباع البهائم نجس خلافا للشافعي فان عنده سؤر الذئب
والفهد والاسد وغير ذلك من السباع طاهر سوى الكلب والخنزير لما روي عن ابن عمر رض
ان النبي عليه السلام سئل فقيل انتوضأ بما افضلت الحمر فقال نعم وبما افضلت السباع كلها
والجواب انه مرسل لا يصح الاحتجاج به لان رواية داود بن حصين عن جابر رض
وداود لم يلق جابرا كذا قال الجصاص ولئن صح فتأويله ان المراد به حمر الوحش وسباع الطير
او المراد به الماء الكثير او هو محمول على ما قبل تحريمها توفيقا بين الادلة ولم يرد محمد رضي الله عنه
ان نجاسته غليظة وعن ابي يوسف انه كبول ما يؤكل لحمه فاوجب اختلافهم تخفيفا هنا
كما اوجب هناك وعند مالك سؤر الكلب والخنزير طاهر لان الكلب من الطوافين
كالهرة والخنزير نجس لكن لعابه لا يؤثر في الماء والشرط عنده التأثير
وسؤر الهرة والدجاجة المخلاة وسباع الطير وسواكن البيوت كالحية والفارة مكروه
سؤر الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف انه غير مكروه وهو قول الشافعي واحتجا في ذلك بحديثين
احدهما ما رواه محمد في كتاب الصيد ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي لها الاناء فتشرب
ثم يشرب عليه السلام ما بقي ويتوضأ منه وروى ابو يوسف هذا الحديث وقال كيف اكرهه مع هذا الحديث
والثاني ما روت عائشة رضي الله عنها انها كانت تصلي وفي بيتها قصعة من هريسة فجاءت
هرة واكلت منها فلما فرغت من صلوتها دعت جارات لها فكن يتحامين موضع فم الهرة
فمدت يدها واخذت من موضع فمها واكلت ثم قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول الهرة ليست بنجسة انما هي من الطوافين او الطوافات عليكم فلا نكره لاكلها
ولهما حديث ابن عمر رض يغسل الاناء من ولوغ الهرة مرة وهو اشارة الى الكراهة وعن ابي
[هريرة] ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الهرة سبع فهذا الحديث يدل على النجاسة وحديث عائشة
يدل على الطهارة فاثبتنا الكراهة عملا بهما وكان الطحاوي يقول بكراهة سؤرها لانها تتناول
الفارة فلا يخلو فمها عن نجاسة عادة وهذا يدل على ان الكراهة كراهة تنزيه وهو الاصح والاقرب الى القياس
كذا في النهاية ولو اكلت فارة ثم شربت على فورها الماء يتنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها
وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة وهي الجائلة في عذرات الناس
قال شيخ الاسلام في المبسوط ان كانت محبوسة فانه يجوز التوضؤ به ولا يكره لانه ليس على منقارها
لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار اما من حيث الحقيقة فظ واما من حيث الاعتبار فلانها
اذا كانت محبوسة لا تجد عذرات غيرها حتى تجول فيها وانما تجد عذرات نفسها وهي لا تجول في
قال الامام الحاكم عبد الرحمن ولم يرد بكونها محبوسة ان تكون محبوسة في بيت نفسها لانها وان كانت
محبوسة في بيتها فانها تجول في عذرات نفسها فلا يؤمن من ان يكون على منقارها عذرة فيكره التوضي
كما لو كانت مخلاة وانما اريد بكونها محبوسة ان تحبس في بيت ضيق لتسمن للاكل فيكون راسها
وعلفها وماؤها خارج البيت ولا يمكنها ان تجول في عذرات نفسها وكذا سؤر سباع الطير
وحكم الكراهة في سؤرها جواب الاستحسان واما في جواب القياس فهو نجس لان سؤر ما
لا يؤكل لحمه من سباع الطير معتبر بسؤر ما لا يؤكل لحمه من سباع الوحش
ولكنا استحسنا فقلنا بانه طاهر مكروه لانها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف
بخلاف سباع البهائم فانها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها

وعن ابي يوسف

وعن ابي يوسف ان سباع الطير اذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره
واستحسن المشايخ هذه الرواية وافتوا بها قال الفقيه ابو الليث روى الحسن بن زياد
عن ابي حنيفة انه قال ان كان لا يتناول الميتة مثل البازي الاهلي ونحو ذلك فلا يكره الوضوء
وكذا سواكن البيوت مثل الحية والفارة لان حرمة اللحم اوجب نجاسة السؤر
الا انه سقطت النجاسة بعلة الطواف فبقيت الكراهة وسؤر البغل والحمار مشكوك
قيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء لان اختلاط
الطاهر بالماء لا يخرجه عن الطهورية ما لم يغلب كما اذا اختلط ماء الورد بالماء وقيل
في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه يعني بعد ما مسح راسه بسؤره
ولو كان الشك في طهارته لوجب غسل راسه وكذا لبنه طاهر وان حرم وعرقه لا يمنع
جواز الصلاة وان فحش وكذا سؤره وكون الشك في طهوريته فقط هو الاصح
ويروى نص محمد على طهارته على ما روي عنه انه قال لو غمس فيه الثوب لم ينجس وهو بمنزلة
الماء المستعمل وبول ما يؤكل لحمه وبول الاتان وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته
وحرمته واختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته وتعارض الاقيسة اما
تعارض الادلة فكما روي عن جابر انه عليه السلام سئل انتوضأ بما افضلت الحمر قال
نعم وروى انس رضي الله عنه انه نهى عن لحوم الحمر الاهلية وقال انها رجس وهذا يدل على
نجاسة سؤره واما تعارض اقوال الصحابة فكما قال ابن عمر سؤر الحمار نجس وكان ابن عباس
يقول الحمار يعلف التبن فسؤره طاهر واما تعارض الاقيسة فانه لم يمكن الحاقه بالعرق
لقلة الضرورة حتى يكون طاهرا لان الضرورة في العرق اكثر ولم يمكن الحاقه باللبن الذي يتولد
من اللحم ليكون نجسا لوجود اصل الضرورة في السؤر دون اللبن وكذا لا يمكن الحاقه بسؤر
الكلب بجامع حرمة اللحم ليكون نجسا لوجود الضرورة في الحمار لكونه مربوطا في المعلف والكلب
ليس كذلك ولا يمكن الحاقه بسؤر الهرة بجامع الطواف ليكون طاهرا لان الضرورة
في الهرة اكثر لدخولها في المضايق التي لا يدخلها الحمار فوجب تقرير الاصول اي ابقاء ما كان
فقيل ان الماء عرف طاهرا في الاصل فلا يتنجس ما كان طاهرا ولم يزل الحدث به اي
لا يطهر به ما كان نجسا لان الطهارة والنجاسة عرفت ثابتة بيقين فلا يزول بالشك
وعن ابي حنيفة انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته
وقال الشافعي هو طاهر وطهور لانه جعل سؤر كل حيوان ينتفع به طهورا فلذلك
جعل سؤر جميع السباع كالنمر والفهد سوى الكلب والخنزير طاهرا وطهورا
للانتفاع بجلده وكان ابو طاهر الدباس ينكر هذا ويقول لا يجوز ان يكون شيء من حكم الشرع
مشكوكا فيه يتوضأ به ان لم يجد غيره ويتيمم وايهما قدم جاز وقال زفر لا يجوز
الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما
فيفيد الجمع دون الترتيب ثم ان المراد به ان لا يخلو الصلاة الواحدة عنهما وان لم يوجد الجمع
في حالة واحدة حتى انه اذا توضأ بسؤر الحمار وصلى ثم احدث وتيمم وصلى تلك الصلاة
ايضا جاز لانه جمع الوضوء والتيمم في حق صلوة واحدة وعن نصير بن يحيى في رجل
لم يجد الا سؤر الحمار يهريق ذلك السؤر حتى يصير عادما للماء ثم يتيمم فعرض قوله
على ابي القاسم الصفار فقال هو قول جيد وعرق كل شيء كسؤره
لانهما متولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه لا يقال سؤر الحمار
مشكوك وعرقه طاهر لانا نقول ان كان الشك في طهوريته على ما هو الاصح
لا يرد وان كان في طهارته فكذلك لان حكم العرق فيه ثبت بالحديث على خلاف
القياس فبقي الحكم في غيره على اصل القياس وان لم يجد الا نبيذ التمر يتيمم
ولا يتوضأ به عند ابي يوسف وبه يفتي وهو رواية عن ابي حنيفة
وبه قال الشافعي وعند الامام يتوضأ به لحديث ليلة الجن

وهو ما روى ابو رافع وابن المعتمر عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معنا من لم يكن في قلبه مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود رض فحمله رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نفسه فقال عبد الله بن مسعود خرجنا من مكة وخط رسول الله خطا وقال لا تخرج من هذا الخط فانك ان خرجت لم تلقني الى يوم القيمة ثم ذهب يدعو الجن الى الايمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر فقال هل لي معك ما اتوضأ به فقلت لا الا نبيذ التمر في اداوة فقال صلى الله عليه وسلم ثمرة طيبة وماء طهور فتوضأ به وصلى الفجر و وهو قول ابي يوسف وهو قول الشافعي العمل بآية التيمم فانها نقلت التطهير عند عدم الماء المطلق الى التراب ونبيذ التمر ليس بماء مطلقا فيكون الحديث مردودا بها لكونها اقوى من هذا الحديث او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة فان قيل نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعي فكيف يستقيم القول بانه منسوخ بآية التيمم اجيب بان ذلك جواب ابي يوسف خاصة والمشترك بينهما هو العمل بآية التيمم وعند محمد يجمع بينهما لان في الحديث اضطرابا لان مداره على ابي زيد مولى عمرو بن الحريث وابو زيد كان مجهولا عند النقلة و لانه روي عن ابي عبيدة بن عبد الله بن مسعود انه قيل هل كان ابوك مع النبي صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فقال لو كان ابي مع النبي صلى الله عليه وسلم لكان فخرا عظيما ومنقبة له ولعقبه بعده فانكر كون ابيه مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان لا يخفى على ابنه وفي التاريخ جهالة فانهم اختلفوا في انه انسخ هذا الحديث لجهالة التاريخ فقال بعضهم نسخ ذلك بآية التيمم و قال بعضهم لم ينسخ فيجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة يعني انها ذكر في التيسير ان الجن اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم دفعتين فيجوز ان يكون الدفعة الثانية في المدينة بعد آية التيمم فلا يصح دعوى النسخ و الحديث مشهور عملت به الصحابة كعلي رضي الله عنه روى عنه الحديث انه قال الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لم يجد الماء و روي عن عبد الله بن مسعود رض انه كان يجوز التوضؤ بنبيذ التمر عند عدم الماء و روى عكرمة عن ابن عباس انه قال توضؤوا بنبيذ التمر و روي عنه مطلقا في مختلفه انه كان يجوز الوضوء بنبيذ التمر عند عدم الماء وهم كبار ائمة الفتوى فيكون قولهم معمولا به و بمثله يزاد على الكتاب قال ابو بكر ان اشتبه كون عبد الله بن مسعود مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن قلنا في الباب ما يكفي للاعتماد عليه وهو رواة هذه الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين و قوله كان ابو زيد مجهولا قلنا لا بل هو من كبار التابعين وكان معروفا و قال محمد بن اسمعيل البخاري اثبت كون عبد الله بن مسعود رض مع النبي صلى الله عليه وسلم باثني عشر وجها ونفي قول ابنه انه لم يكن اي لم يكن معه حالة الخطاب والدعوة بل كان في داخل الخط و الدليل على انه كان معه ما روي ان ابن مسعود رأى قوما يلعبون بالكوفة فقال ما رأيت قوما اشبه بالجن الذين رأيتهم مع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ليلة الجن من هؤلاء كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للمحبوبي كذا في النهاية والعناية و اما الاغتسال فقد اختلف فيه فمنهم من جوزه اعتبارا بالوضوء لوجود المقتضي وهو وجود الحدث وعدم الماء ومنهم من لم يجوزه لان الاثر جاء في الوضوء والغسل فوقه فلا يلحق به و النبيذ المختلف فيه ان يلقى تمرات في الماء حتى صار حلوا ولا يكون مشتدا ومسكرا اما اذا اشتد وصار مسكرا لا يجوز الوضوء به اجماعا ولا يجوز التوضؤ بما سواه من الانبذة كنبيذ الزبيب والتمر وغير ذلك لان نبيذ التمر خص بالاثر على خلاف القياس فيبقى الباقي على موجب القياس و اصل ان القدوري ذكر في شرحه عن اصحابنا ان التوضؤ بنبيذ التمر لا يجوز الا بالنية كالتيمم لانه بدل عن الماء كالتيمم حتى لا يجوز حال وجود الماء و لو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء مطلقا ينتقض وضوءه كما ينتقض التيمم بوجود الماء و انما ذكر حكم النبيذ في حكم الاسآر لان له شبها خاصا بسؤر البغل والحمار على قول محمد فانه يقول بضم التيمم الى الوضوء به

باب التيمم

باب التيمم

لما فرغ عن ذكر الطهارة بالماء شرع في التيمم لما ان حق الخلف ان يعقب الاصل او نقول ابتدأ بالوضوء ثم بالغسل ثم ثلث بالتيمم تأسيا بكتاب الله تعالى التيمم في اللغة القصد وفي الشريعة هو القصد الى الصعيد للتطهير كذا قال صاحب العناية و قال الفاضل الابهري والحق انه اسم لمسح الوجه واليدين من الصعيد الطاهر والقصد شرط لانه النية قال الزيلعي في شرح الكنز التيمم في اللغة القصد وفي الشريعة عبارة عن استعمال جزء من الارض على اعضاء مخصوصة على قصد التطهير و فيه نظر فانه لا يشترط ان يستعمل الجزء على الاعضاء حتى يجوز بالحجر الاملس انتهى و اجيب عن نظره بان المراد بالاستعمال ما يعم الحكمي فيوجد في التيمم بالحجر الاملس وثبوته بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وكان نزولها في غزوة عرس رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فسقطت من عائشة رض قلادة لاسماء فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها فنزلوا ينتظرونها فاصبحوا وليس معهم ماء فاغلظ ابو بكر رضي الله عنه على عائشة وقال حبست رسول الله والمؤمنين على عقدها فنزلت آية التيمم فلما صلوا بالتيمم جاء اسيد بن حضير الى مضرب عائشة فجعل يقول ما اكثر بركتكم يا آل ابي بكر و في رواية يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك امر تكرهينه الا جعل الله فيه للمسلمين فرجا و اما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جعلت لي الارض مسجدا وطهورا ايما ادركتني الصلوة تيممت وصليت و قوله صلى الله عليه وسلم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء و المراد بالماء ما يكفي لرفع الحدث الذي به لان ما دونه يتوضأ وجوده وعدمه اذ لا يثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم لا يقال لفظ ماء في قوله تعالى فلم تجدوا ماء نكرة في سياق النفي فيتناول ما يسمى قليلا كان او كثيرا وذلك يقتضي ان لا يجوز التيمم الا بعد استعمال ما معه من الماء وان كان لا يكفي للوضوء لانا نقول المراد به ماء يحل به الصلوة الا ترى ان وجود الماء النجس لا يمنع وان تناوله النكرة المذكورة والحل موقوف على ما يكفي بالاتفاق تيمم المسافر ومن هو خارج المصر لبعده ميلا عن الماء قوله ومن هو خارج المصر رد لقول من يقول انه لا يجوز التيمم الا للمسافر و معناه ويجوز التيمم لمن هو خارج المصر وان لم يكن مسافرا و فيه اشارة الى نفي جواز التيمم في الامصار الا المواضع المستثناة وهي ثلاث احوال احديها اذا خاف فوت صلاة الجنازة والثانية اذا خاف فوت صلاة العيد والثالثة اذا خاف الجنب من البرد بسبب الاغتسال غير ان صاحب الهداية قال وذكر في الاسرار جواز التيمم لعادم الماء في الامصار كان قوله او خارج المصر وفق العادة لما ان عدم الماء في الامصار نادر عادة اما لو تحقق فيجوز التيمم فيها ايضا لان الشرط عدم القدرة على الماء ثم ان الميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج والحرج مدفوع و روي عن محمد انه انما يجوز التيمم اذا كان على قدر الميلين و عن الكرخي انه ان كان في موضع يسمع صوت اهل الماء فهو قريب والا فبعيد وبه اخذ اكثر المشايخ و روي عن زفر انه ان كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يجوز له التيمم والا فيجوز وان قرب عادته قال صاحب الهداية والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط يأتي من قبله و الميل ثلث الفرسخ وهو اثنا عشر الف خطوة و فسر ابو شجاع الميل بثلاثة آلاف ذراع وخمسمائة ذراع او لمرض خاف ان زاد او زيادة المرض او طول برئه لان العذر في زيادة المرض وطول البرء فوق زيادة الثمن وتلك تبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك كالمبطون او بالاستعمال كالجدري واعتبر الشافعي خوف التلف اي تلف نفسه او عضوه وهو مردود بظاهر النص لان قوله تعالى وان كنتم مرضى او على سفر باطلاقه يبيح التيمم لكل مريض الا انه خرج من لا يشتد مرضه بسياق الآية وهو قوله تعالى ما يريد الله ليجعل عليكم الآية فان الحرج انما يلحق بمن يشتد مرضه فيبقى الباقي على

ثم ان قوله او لمرض وكذا قوله او لخوف عدو وقوله او لفقد آلة معطوف على قوله لبعده ميلا
فيكون معناه يتيمم المسافر ومن هو خارج المصر لمرض او لخوف عدو او لفقد آلة واما لو كان
في المصر فكذلك عند ابي ح خلافا لهما فاراد المص بيان الاتفاق فلهذا عطفها عليه وهما
يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وابو ح يقول ان العجز ثابت حقيقة
فلا بد من اعتباره او لخوف عدو او سبع يعني الحية والنار والخوف من العدو اعم من ان يكون
على نفسه او ماله او عطش له في الحال او في المآل لنفسه او لرفيقه او لدوابه او لكلبه
وكذا اذا احتاج اليه للعجين واما اذا احتاج اليه لاتخاذ المرقة فلا يجوز التيمم كذا قال
المولى اخي چلبي واذا وجد المسافر ماء في حب معد للشرب جاز له التيمم الا اذا كان
كثيرا فيستدل على انه للشرب والوضوء واما الماء المعد للوضوء فانه يجتنب الشرب منه
وعن الامام الفضلي عكس هذا فلا يجوز التيمم او لفقد آلة كالدلو ويتيمم بما كان
من جنس الارض كالتراب والرمل والنورة والجص والكحل والزرنيخ
قيل ان كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا او ينطبع او يلين كالحديد ليس من جنس الارض
وههنا لطيفة وهي ان الله تعالى خلق درة فنظر اليها فصارت ماء ثم تكاثف منها
ترابا وتلطف منه فصار هواء وتلطف منه فصار نارا فكان الماء اصلا ذكرها
المفسرون وهي منقولة من التوضيح كذا في العناية فاذا تعذرت الطهارة بالاصل
انتقل الى التبع واقيم مقامه والنبات كالشجر ونحوه من المعادن كالحديد
ليس بتبع للماء وحده حتى يقوم مقامه ولا للتراب وحده وانما هو كبعض من العناصر
الاربعة فليس له اختصاص بشيء منها حتى يقوم مقامه والحجر ولو بلا نقع خلافا لمحمد
لان التيمم مسح بالتراب فيشترط الالتصاق به وخصه ابو يوسف بالتراب والرمل
قيل ثم رجع وقال لا يجوز الا بالتراب الخالص وهو قول الشافعي لقوله تعالى
فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا فسره ابن عباس رض وهذا يقتضي قصره عليه
غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل في قوله الاول لما روي عن قوله عليه السلام عليكم بالارض
وذلك ان قوما جاءوا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال
ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليكم بالارض
ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض كذا روي عن الخليل وذكر صاحب الكشاف
عن الزجاج ان الصعيد اسم لوجه الارض وقال الزجاج في معاني القرآن لا اعلم بين ق
اهل اللغة اختلافا في ان الصعيد وجه الارض قال صاحب الهداية سمي به لصعوده [illegible]
الى فعيل بمعنى فاعل واذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت تقييد للمطلق بلا دليل
ويجوز بالنقع حال الاختيار خلافا لابي يوسف وذلك بان نفض ثوبه او لبده
مع القدرة على الصعيد فانه يجوز عند ابي ح ومحمد وابو يوسف لا يجوزه مع القدرة
على الصعيد لان الغبار ليس بتراب خالص ولكنه من التراب من وجه وما امر به التيمم بالصعيد
فعند القدرة عليه لا يجوز العدول عنه واما عند العجز عنه فيجوز كالايماء عند العجز
عن الركوع والسجود ولهما حديث عمر رضي الله عنه فانه كان مع اصحابه في سفر فمطروا في منزل
فامرهم ان ينفضوا لبودهم وسروجهم ويتيمموا بغبارها وان الغبار تراب فانه اذا
نفض ثوبه يتأذى جاره من التراب الا انه رقيق فكما يجوز التيمم بالخشن من التراب
على كل حال فكذلك بالرقيق منه ثم الشرط في التيمم بالغبار هو المسح به لا مجرد اصابة
الغبار مع النية كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وشرطه العجز عن استعمال الماء حقيقة
بان لا يجده او حكما بان وجده لكن عجز عن استعماله لمانع كمرض او عدم آلة او غيرهما
لقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ما لم يجد الماء وشرطه طهارة الصعيد
لقوله تعالى صعيدا طيبا والطيب يحتمل الطاهر كما في قوله تعالى حلالا طيبا فحمل عليه لانه اليق
بموضع الطهارة اذ الطاهر مراد من الطيب بالاجماع

والاستيعاب

والاستيعاب في الاصح يعني ان الاستيعاب شرط في التيمم حتى اذا ترك شيئا لم يجز كما
في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن ابي ح ليس بشرط والاكثر يقوم مقام الكل لان في الممسوح
الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الخف والرأس وجه الظاهر ان التيمم قائم مقام الوضوء
ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والاستيعاب في الوضوء شرط فكذا فيما
قام مقامه ولولا الخلفية لكان المسح الى المناكب واجبا عملا بالمقتضي وهو ذكر الايدي في
ولا يلزم آية السرقة لان النبي صلى الله عليه وسلم بين محل القطع وهو الزند بالقول والفعل
والنية ولا بد من نية قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة الدينية ونية التيمم
خلافا لزفر هو يقول التيمم خلف عن الوضوء وهو ظ لان الخلف هو ما لا يجوز الاتيان
الا عند عجز وجود الاصل والخلف لا يخالف الاصل في وصفه الذي هو الصحة
فان الوضوء بدون النية صحيح فلو لم يصح التيمم بدونها لكان الخلف مخالفا
وهو لا يجوز لخروجه عن الخلفية اذ ذاك ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه
ولان التراب جعل طهورا بشرطين بشرط عدم الماء وبشرط ان يكون التيمم للصلاة
لان قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا بناء على قوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا
وجوهكم والمراد به فاغسلوا للصلاة فكذا قوله تعالى فتيمموا اي للصلاة فكما لا يفيد
التيمم الطهارة حال وجود الماء فكذا لا يفيدها حال عدم النية فان قلت هذا الذي
ذكرتم يقتضي ان يكون النية مشروطة في الوضوء قلت نعم كذلك الا ان النية
شرط في الوضوء ليكون آتيا بوضوء مأمور به الا انه مع هذا اذا ترك النية فانه
يجوز به الصلاة لان الوضوء غير مقصود بنفسه والمقصود حصول الطهارة والطهارة
كما ثبت بالوضوء المأمور به تحصل بغير المأمور به كستر العورة وتطهير الثياب
فانا امرنا بهما بقوله خذوا زينتكم وقوله وثيابك فطهر ومع ذلك
لا تشترط النية لانهما غير مقصودين في حق الاشتراط للصلاة ولان الطهارة في الوضوء
حاصلة بطبع الماء فطبعه لا يتغير بالنية وعدم النية واما التراب فغير طهور بطبعه وانما صار
طهورا شرعا بخلاف القياس فلا يصير طهورا الا بالشرط الذي ورد به النص
ثم ان ابا ح ومحمدا رضي الله عنهما شرطا لصحة التيمم في حق جواز الصلاة نية قربة مقصودة
لا تصح الا بالطهارة وابو يوسف شرط ان ينوي قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
كالصلاة او تصح كالاسلام فلو تيمم كافر للاسلام لا يجوز صلاته خلافا
لابي يوسف تفريع على اشتراط نية قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة عندهما
وعدم لزومها عند ابي يوسف لان الاسلام قربة مقصودة تصح بدون الطهارة
وان تيمم لصلاة الجنازة او سجدة التلاوة يجوز بهذا التيمم اداء المكتوبات وان تيمم
لمس المصحف او دخول المسجد لا يصح به الصلاة لانه لم ينو قربة مقصودة لكن يحل له
مس المصحف ودخول المسجد كذا في صدر الشريعة يقول الفقير فيه اشكال
لان علة عدم صحة الصلاة بمثل هذا التيمم على ما ذكر في الهداية وغيره هو ان التراب
ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة ومس المصحف ودخول المسجد
ليس بقربة مقصودة البتة فيقتضي ذلك ان يكون التراب في التيمم لمس المصحف او
دخول المسجد غير طهور فما سر حل مس المصحف ودخول المسجد باستعمال تراب غير طهور
فتفكر ولا يشترط تعيين الحدث او الجنابة هو الصحيح احترازا عما قال ابو بكر الرازي
فانه كان يقول يحتاج الى نية التيمم للحدث او الجنابة لان التيمم لهما بصفة واحدة
فلا يتميز احدهما عن الاخر الا بالنية وبعضهم قال يحتاج الى نية الصلاة وعن محمد
ان نية الطهارة تكفي وصفته ان يضرب يديه على الصعيد فينفضهما ثم يمسح
وجهه ثم يضربهما كذلك ويمسح بكل كف ظاهر الذراع الاخرى وباطنها مع
المرفق النفض تحريك الشيء ليسقط ما عليه من غبار او غيره

الكتاب والسنة

اي في كتاب الله تعالى حيث قال وايديكم الى المرافق

المراد بالقربة المقصودة ان لا تكون في ضمن شيء آخر كصلاة وسجدة التلاوة واما مس المصحف ودخول المسجد فليس بقربة مقصودة لحصول كل منهما في ضمن غيره وهو القراءة والعبادة ... شرح الملتقى

وقال في الهداية يعتبر بها بتناثر التراب اشارة الى انه لا يعتبر بها كما روي عن محمد بل ان احتاج
الى النفض ولا يعتبر كما روي عن ابي يوسف بل ان تناثر بمرة لا يحتاج الى الثاني
لان المقصود هو ان لا يصير مثلة وهي تحصل بالنفض سواء كان بمرة او مرتين والمثلة ما
يتمثل به في خلقته وقوله في المرفق نفي لقول الزهري فانه قال يمسح الى الآباط وهو رواية
عن مالك ونفي لرواية الحسن عن ابي حنيفة انه الى الرسغ وهو مروي عن ابن عباس رضي
قال صاحب العناية وقد حكى عن ابن عمر وجابر رضي الله عنهم تيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكيفيته ان يضرب يديه على الارض ثم ينفضهما حتى يتناثر التراب فيمسح بهما وجهه ثم يضرب
اخرى فينفضهما ويمسح بباطن اربع اصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤس الاصابع
الى المرفق ثم يمسح بباطن كف اليسرى باطن ذراع اليمنى الى الرسغ ويمر باطن ابهام يده اليسرى
على ظاهر ابهام يده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك قال الفاضل قاضي زاده قلت
هذا هو الاحسن لا ما سيذكره صدر الشريعة من قوله والاحسن في مسح الذراعين
ان يمسح ظاهر الذراع اليمنى بالوسطى والبنصر والخنصر من كفه اليسرى مبتدئا
من رؤس الاصابع ثم باطنها بالمسبحة والابهام الى رؤس الاصابع وهكذا يفعل بالذراع
اليسرى انتهى لان قوله ثم باطنها بالمسبحة والابهام الى رؤس الاصابع يقتضي ان يكون
اصابع يده اليمنى مستعملة فلا يوجد الاحتياط بخلاف ما ذكر في العناية اذ في الغاية
الى الرسغ فبقيت اصابع يده اليمنى وكفها اذ ذاك سالمة عن الاستعمال وقال صدر الشريعة
ثم اذا لم يدخل الغبار بين اصابعه فعليه ان يخلل اصابعه فيحتاج الى الضربة الثالثة لتخليلها
قال صاحب الدرر بعض شيئ ان استوعبا اي الضربتان والمراد اليدان المضروبتان
على الارض وان لم يكن فيهما نقع وجهه ويديه بمرفقيه حتى لو بقي شيء قليل لا يجزيه
والا اي وان لم تستوعبا فثالثة اي فليتيمم ضربة ثالثة ليحصل الاستيعاب بالنقع
او اليد المضروبة على الارض ان لم يكن النقع وعلى هذا لا يرد ما يرد على قول صدر الشريعة
ثم اذا لم يدخل الغبار بين اصابعه فعليه ان يخلل اصابعه فيحتاج الى الضربة الثالثة لتخليلها
من ان هذا يقتضي اشتراط النقع وقد قال المصنف بعده ولو بلا نقع انتهى ما ذكره صاحب الدرر
وقال الفاضل اخي چلبي بعد نقل هذا الايراد اقول لا ورود له اصلا لان المراد من التخليل
تكميل المسح لا ادخال الغبار كما يفصح عنه قول صاحب الهداية في تأييد ما سيقع
هنا فالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح نعم لو قال فعليه ان يدخل
النقع بين اصابعه لتوجه عليه الغبار ولو سلم ان المراد ادخال الغبار فاحسنية
اشتراط الغبار في التيمم لا ينافي جوازه بدونه كما لا يخفى الى هنا لفظه
يقول الفقير ليس هذا بسديد اذ لو كان المراد من التخليل فيما ذكره صدر الشريعة
تكميل المسح لا ادخال الغبار لم يحسن قوله ثم اذا لم يدخل الغبار آه
ولكان قوله فيحتاج الى الضربة الثالثة لتخليلها لغوا لان تخليل الاصابع بطريق اكمال
المسح بدون ادخال الغبار بينها يتيسر بدون ضربة ثالثة فلا يكون اليها احتياج
في تكميل التيمم بالاستيعاب ثم ان قوله ولو سلم ان المراد ادخال الغبار فاحسنية
اشتراط الغبار في التيمم لا ينافي جوازه بدونه لا يجدي نفعا قطعا لانه مبني على ان
يكون مبنى كلام صدر الشريعة ههنا على الاحسنية دون الوجوب وليست عبارته
مساعدة له فان قوله فعليه ان يخلل اصابعه يقتضي الوجوب كما لا يخفى
ثم انه قصد المحشي الفاضل يعقوب باشا ايضا دفع ذلك الايراد فقال عدم دخول
الغبار اعم من ان يكون فيه غبار ولم يدخل او لا يكون غبار اصلا كما في صورة التيمم
على الحجر على قول ابي حنيفة ومحمد انتهى يريد ان ما ذكره صدر الشريعة لا يدل على اشتراط
ادخال الغبار بين اصابعه حتى ينافي جواز التيمم بلا نقع كما في صورة
التيمم على الحجر الاملس على قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما

بقوله الفقير

يقول الفقير هنا ايضا ليس بتام اذ لو لم يكن المراد بما ذكره صدر الشريعة اشتراط
ادخال الغبار بين الاصابع لما قال ايضا ثم اذا لم يدخل الغبار آه بل كان ينبغي ان يقول
ثم اذا لم يمسح ما بين اصابعه فعليه ان يخلل اصابعه ولما ذكر قوله فيحتاج الى الضربة الثالثة
لتخليلها فان تخليل الاصابع بلا اشتراط ادخال الغبار يحصل بدون احتياج الى الضربة الثالثة
كما عرفت آنفا وهذا كله مما لا مرية به لاصحاب الذوق السليم وقال مولانا محمد الواني
في تعليقاته على الدرر دفعا لما ورد على صدر الشريعة لعل هذا بناء على ما روي عن ابي يوسف
ومحمد من ان التيمم لا يجوز الا ان يكون عليها تراب مقدار ما بين الغبار على يديه آت
مقتضى قولهم ان التراب خلف عن الماء احقية هذه الرواية فلا يرد على صدر الشريعة ما اورده
صاحب الدرر هنا ويستوي فيه الجنب والمحدث والحائض والنفساء من حيث
الجواز والكيفية والادلة وهو قول اصحابنا وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة رض
وقال بعض الناس لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء وهو المروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر رض
والاحاديث الدالة على الاستواء كثيرة منها ما روينا من قبل من ان قوما جاؤا الى النبي
صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين
وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ومنها انه
حدث البخاري في صحيحه باسناده الى عمران بن الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا
معتزلا لم يصل في القوم فقال يا فلان ما منعك ان تصلي في القوم فقال يا رسول الله اصابتني
جنابة ولا ماء فقال عليه السلام عليك بالصعيد فانه يكفيك وحاصل اختلافهم يرجع الى
ان المراد من قوله تعالى او لامستم النساء ماذا كان عمر وعبد الله بن مسعود وابن عمر رض
يحملونه على المس باليد وكانوا يقولون ان الله تعالى اباح التيمم للمحدث فلا يباح للجنب
لان القياس ان لا يكون التيمم طهورا وانما عرف طهورا في حق المحدث بخلاف القياس
والجنابة فوق الحدث فلا يثبت طهوريته في حق الجنابة وعلي وابن عباس وعائشة
يحملونه على الجماع وكانوا يقولون ان الله تعالى اباح التيمم للجنب كما اباح للمحدث واصحابنا
اخذوا بقولهم ورجحوا قولهم بسياق الآية وبالاخبار ووردت موافقة لسياق الآية
اما سياق الآية فان الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة في آية الوضوء ثم نقل الحكم الى
التراب بحال عدم الماء وذكر الحدث الاصغر بقوله او جاء احد منكم من الغائط
فيحمل لامستم على الحدث الاكبر ليصير الطهارتان والحدثان مذكورين في آية البدل
كما في آية الوضوء حتى يكون آخر الآية موافقا لاولها ولانه متى حمل على الجماع كان حملا
لهذا اللفظ على فائدة جديدة ومتى حمل على المس باليد يكون بيانا للحدث الاصغر
فيكون تكرارا لان الاصغر مذكور في قوله او جاء احد منكم من الغائط في حق التيمم ايضا
وروى عمار بن ياسر قال بعثني عليه السلام في حاجة فاجنبت ولم اجد الماء فتمرغت في الصعيد
كما تتمرغ الدابة لتوهمي ان التيمم للجنابة غير التيمم للحدث قياسا على الغسل والوضوء ثم
اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فضحك وقال انت حمار يا عمار
ثم قال انما كان يكفيك ان تقول اي ان تفعل بيديك هكذا ثم ضرب بيديه
الارض ضربة واحدة ثم مسح الشمال على اليمين وكذا اليمين على الشمال وظاهر
كفيه ووجهه ويروى ثم ضرب بيديه الى الارض فنفض يديه ومسح وجهه وكفيه
وهذا الحديث مذكور في المشارق مجلوه بالاتفاق قال ابن الملك في شرحه وفي الحديث
دلالة على ان المحدث والجنب في التيمم سواء وعلى ان التيمم ضربة واحدة وبه اخذ احمد
وعلى ان النفض في التيمم مسنون لكن لا يقبح وجهه لكن المراد به النفض اليسير لتقليل
التراب فلو نفض بحيث يذهب جميع التراب منهما لم يجز التيمم عند الشافعي
لان ايصال التراب واجب عنده وجائز عند ابي حنيفة لانه غير واجب عنده والاكثر
على انه ضربتان لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين

والجواب عن حديث عمار انه لم يرد به بيان صورة الضرب للتعليم لا بيان ما يحصل به التيمم انتهى
يقول الفقير فيه بحث وهو ان قوله في ابتداء الحديث انما كان يكفيك آه يأبى عن هذا
الجواب وجوابه ان المراد انما كان يكفيك هناك لا حاجة الى التمرغ تدبر.
ويجوز التيمم قبل الوقت خلافا للشافعي فلا يجزيه الصلاة في الوقت عنده وهذا بناء
على ما عرف في اصول الفقه ان التيمم خلف ضروري للماء عنده وعندنا خلف مطلق وقوله
عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج يؤيد ما قلنا ولم يذكر المص جوازه في الوقت
كما ذكره غيره لانه قد انكشف جوازه في الوقت اتفاقا مما سبق فلا احتياج بعده
الا الى بيان محل النزاع الذي هو جوازه قبل الوقت ويصلي به ما شاء من فرض ونفل كالوضوء
اي يصلي بالتيمم الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل في وقت واحد واوقات متعددة
ما لم يجد الماء او يحدث وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانها طهارة ضرورية اذ التراب الموث
في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق عند رؤية الماء فلم يكن يرتفع الحدث اذ لو كان ارتفع
لم يعد الا بحدث جديد ولكن ابيحت الصلاة به للضرورة فاذا صلى الفرض فقد انقضت
الضرورة ولا يقوم الا بحق وقت اخر وهي في حق النوافل دائمة لدوام شرعيتها فتبقى
بالنسبة اليها ولنا انه طهور بشرط عدم الماء بالنص وكل ما هو طهور يعمل عمله ما بقي
شرطه كالماء فانه طهور بشرط كونه طاهرا فيعمل عمله ما دام شرطه موجودا فان قلت
هذه تقتضي ان يكون وجود الشرط مستلزما لوجود المشروط وليس كذلك لا محالة
قيل ان الشرط اذا كان مساويا للمشروط استلزمه وههنا كذلك
لان كل واحد من عدم الماء وجواز التيمم مساو للاخر فجاز ان يستلزمه. والمص
ويجوز لخوف فوت صلاة جنازة او عيد ابتداء اي ويجوز التيمم للصحيح المقيم في
عنده وجود الماء اذا حضرت الجنازة فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلاة
لانها لا تقضى فيتحقق العجز وقيدنا بالصحيح احترازا عن مريض فانه يجوز له التيمم
في المصر وغيره وليا كان او غيره خاف الفوت او لم يخف وقيدنا بالمقيم في المصر
احترازا عن المفازة لان التيمم فيها جائز وليا كان او غيره لعدم الماء فيها غالبا. ل
وقيدنا بقولنا اذا حضرت الجنازة لان الوجوب انما هو بحضورها وانما
لخوف فوت صلاة جنازة لانه اذا لم يخف الفوت لا يجوز له التيمم ثم ان جواز التيمم
ههنا مقيد بما اذا كان الولي غيره في رواية الحسن عن ابي ح قال في الهداية هو الصحيح احترازا
عن ظاهر الرواية فان الجواب فيه جواز التيمم للولي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
اذا فجأتك جنازة وانت على غير طهارة فتيمم وصل عليها ولم يفصل بين الولي وغيره
ووجه رواية الحسن ان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وما روي عن ابن عباس
محمول على ما اذا كان الولي غيره يقول الفقير قوله اذا فجأتك يدل عليه ووجه الدلالة
معلوم لمن له ذوق سليم تدبر والمص اختار ظاهر الرواية فلهذا لم يقيد بقيد الولي
وكان المناسب لقوله في الخطبة ولم آل جهدا في التنبيه على الاصح والاقوى ان يقيده
لان صاحب الهداية لما قال رواية الحسن هو الصحيح فينبغي ان يقال اذا قالت حذام
فصدقوها. فان القول ما قالت حذام وقال صاحب الاصلاح والايضاح وفي ظ
انه يجوز للولي ايضا وقال شمس الائمة هو الصحيح انتهى فيكون المص قد اختار
تصحيح شمس الائمة وقال صاحب الدرر او خوف فوت صلاة الجنازة
لغير الاولى يعني اذا خاف غير الاولى بالامامة وهو من لا يكون سلطانا وقاضيا
ووليا وامام الحي فوت صلاة الجنازة ان اشتغل بالوضوء جاز له التيمم
يقول الفقير ولقد احسن الله دره في تغيير لفظ الولي بالاولى كما لا يخفى
وصاحب الدرر نفسه قال في اخر كلامه وعبارة الاولى اولى من الولي كما لا يخفى
وكذلك يجوز التيمم للصحيح المقيم في المصر عند وجود الماء اذا خاف فوت صلاة عيد ابتداء لانها لا تقا

وكذا

وكذا بناء بعد شروعه متوضئا وسبق حدثه خلافا لهما يعني اذا شرع في صلاة العيد
متوضئا ثم سبقه الحدث وخاف انه ان توضأ فاته الصلاة جاز له التيمم للبناء عند ابي ح
لان الخوف موجود لانه يوم زحام فلا يؤمن من اعتراض عارض يعتريه مثل ان يسلم عليه احد
فيرده بناء على فرضية رد السلام او يهنيه بالعيد فيجيبه او ما اشبه فيفسد عليه صلاته
وهي لا تقضى لانها لم تشرع الا بجماعة فكان خوف الفوت موجودا وقالا لا يتيمم للبناء لان
يصلي بعد فراغ الامام وذلك في حكم الصلاة بالجماعة فلا يخاف الفوت وان كان شروعه
بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا عليه الوضوء كان واجدا للماء في صلاته فتفسد
صلاته كمتيمم وجد الماء في خلال الصلاة فانه يستانف الصلاة لا لخوف فوت
جمعة او وقتية والاصل فيه ان كل ما يفوت لا الى بدل جاز اداؤه بالتيمم مع وجود
وصلاة الجنازة كذلك لانها لا تعاد عندنا وكذلك صلاة العيد تفوت لا
الى بدل وكل ما يفوت الى بدل لم يجز اداؤه بالتيمم مع وجود الماء والجمعة تفوت الى
وهو الظهر والوقتية كذلك تفوت الى بدل لانها تقضى ثم انهم جعلوا الظهر خلفا
عن الجمعة هنا وان كان فرض الوقت هو الظهر والجمعة خلف عنه عند ابي ح وابي
اشارة الى ان قول محمد هو المختار وقيل انه يتصور بصورة الخلف فان الجمعة اذا
فاتت يصلي الظهر وثمرة الخلاف بين ابي ح وابي يوسف وبين محمد في كون فرض
الوقت هو الظهر عندهما والجمعة عند محمد مبينة في باب الجمعة في الشروح.
ولا ينقضه اي التيمم ردة يعني اذا تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم اسلم
فهو على تيممه لان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهرا يعني ان التيمم عدم لما وجد
فعند الردة لا يكون التيمم موجودا حتى يبطل لوجود ما ينافيه بل الباقي صفة كون
المتيمم طاهرا والردة لا تنافيه فاعتراضها عليه كالاعتراض على الوضوء.
وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه وليس البقاء كذلك لوجودها
قبل الردة. فان قيل الردة تحبط العمل لقوله تعالى ومن يكفر فقد حبط عمله ووضوءه
وتيممه من عمله فكيف يبقيان اجيب بان الردة تحبط ثواب العمل وذلك
لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء فان الحدث يزول به وان كان لا يثاب على وضوئه كذا
في شروح الهداية واعترض عليه بان من صلى ثم ارتد ثم اسلم في الوقت يعيدها ولو حبط
الثواب لا العمل لما اعاد الصلاة اذ لا فرق بين صلاته ووضوئه ويمكن الجواب بان الردة
تحبط ما هو عبادة لا غير والصلاة عبادة محضة فحبطت ثوابا وعملا فيلزم اعادتها
واما الوضوء فطهارة مخصوصة شرطت لاستباحة الصلاة وليست بعبادة محضة
لكنه يصير عبادة بالنية فالردة تحبط كون الوضوء عبادة لا كونها طهارة فيبقى الوضوء
والتيمم من حيث انهما طهارتان يصح بهما الصلاة كما لا يخفى وقال زفر يبطل تيممه
لان الكفر ينافيه ابتداء فكذا بقاء كالمحرمية في النكاح بان كانا صغيرين فقد ترضع كل واحد
بالاخر ابواهما ثم ان ارضعتهما امرأة فانه يرتفع النكاح به واعترض بان الكفر ينافي التيمم باعتبار
كونه عبادة وكونه عبادة انما هو بالنية وليست النية بشرط في التيمم عند زفر فيكون اعتراض
الكفر على التيمم كاعتراضه على الوضوء واجيب بانه روي عن زفر رواية اخرى اشتراطها
النية في التيمم وقال صاحب الاصلاح والايضاح في جوابه يجوز ان يتكلم زفر فيه على قول من يرى
وجوب النية في التيمم كما تكلم ابو ح في المزارعة على قولهما وان كان هو لا يرى جوازها بل
ينقضه ناقض الوضوء فقد تقدم ان التيمم خلف عن الوضوء ولا شك ان الاصل اقوى من الخلف
فما كان ناقضا للاقوى كان ناقضا للاضعف بطريق الاولى قال المحشي المعروف بيعقوب باشا
بعد نقله كذا في الكافي والهداية ثم قال وفيه كلام وهو ان كون البدلية بين التيمم والوضوء ممنوع
فيناسب هذا التعليل قول محمد لا قولهما والاولى ان يقال لان البدلية ثابتة اما بينه وبين الوضوء
او بين الماء والتراب وعلى التقديرين ما ينقض الوضوء ينقضه بالطريق الاولى كما لا يخفى

وقال الفاضل قاضي زاده في شرح قول صدر الشريعة قلت فيه بحث وهو ان ناقض الوضوء انما ينقض
بعضا معينا من التيمم وهو ما كان للحدث لا ما كان للجنابة او الحيض او النفاس الخ لا شك ان
ناقض الوضوء لا يرفع الطهارة عن الجنابة والحيض والنفاس سواء حصلت الطهارة عنها
بالماء او بالتيمم فان اراد بالضمير في قوله وينقضه مطلق التيمم كما هو المتبادر لا يستقيم معنى قوله
وينقضه ناقض الوضوء لما ذكرنا ان ناقض الوضوء لا ينقض مطلق التيمم وان اراد بذلك بعض
التيمم دون مطلقه لا يستقيم عطف قوله وقدرته على ماء كاف لطهره على ناقض الوضوء فان قدرته
على ماء كاف لطهره ينقض مطلق التيمم بالاجماع لا بعضا معينا منه فقط وبالجملة في عبارة الكتاب
هنا ضيق عن اداء تمام حق المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام انتهى يقول الفقير يمكن توجيهه بالحمل
على الاستخدام تدبر والقدرة على ماء كاف لطهارة وعلى استعماله يقول الفقير لا يخفى
ان الطهارة اعم من الوضوء والغسل فتفسيره بالوضوء كما فسره ابن ملك ليس بشيء
ثم اعلم ان اسناد النقض الى القدرة على الماء اسناد مجازي لان القدرة شرط لعمل الحدث
السابق عمله والناقض حقيقة هو الحدث السابق كذا في العناية والنهاية وحاشية شرح الهداية
وقال المحشي المعروف بيعقوب باشا وفيه كلام وهو ان هذا لا يناسب قول ابي حنيفة وابي
يوسف لان التيمم عندهما ليس طهارة ضرورية ولا خلفا عن الوضوء بل هو احد نوعي
الطهارة فكيف يصح ان يقال عمل الحدث السابق عمله عند القدرة ولو كان كذلك
لم يكن فرق بينه وبين طهارة المستحاضة ولم يجز اداء فرضين بالتيمم الواحد لانها
طهارة ضرورية بل يناسب قول الشافعي وقول محمد ان كان معه وان كان معهما فلا انتهى
يقول الفقير ان كلام المحشي الفاضل هنا ساقط لان التيمم وان لم يكن خلفا عن الوضوء ايضا
عندهما الا ان التراب عندهما خلف عن الماء كما صرح به في كتب الاصول والفروع
فعند القدرة على الماء يبطل حكم التراب وهو طهوريته لان المصير الى الخلف عند ايضا
تعذر الاصل وانما بطل حكمه يظهر عمل الحدث السابق فيكون الناقض حقيقة عندهما
فاسناد النقض الى رؤية الماء بشرط القدرة على الاستعمال كما وقع في عبارة الهداية
او الى نفس القدرة عليه كما وقع في الوقاية وكلام المص اسناد مجازي لا محالة
ويرشد الى ما قلنا ان صاحب النهاية بعد ان بين ان اسناد النقض الى الرؤية في عبارة
الهداية مجازي قال وكانت حقيقة المعنى وينتهي كون التراب طهورا عند رؤية الماء
المقدور على استعماله انتهى ثم قال المحشي والاولى ان يقال لما كان عدم القدرة على الماء
شرطا لمشروعية التيمم وحصول الطهارة فعند وجودها لم يبق مشروعا فانتفى
لان انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والمراد بالنقض انتفاؤه
يقول الفقير ليس هذا بسديد اما اولا فلانه لا معنى لقوله والمراد بالنقض انتفاؤه لان
النقض شيء والانتفاء [illegible] فكيف يكون المراد بالاول هو الثاني ولو قال المراد بالنقض
لكان له معنى في الجملة وكذا لو قال والمراد بالانتقاض الانتفاء لان المذكور في عبارته
لفظ ينقض لا ينتقض فلا يصح ان يقال المراد بالانتقاض هو الانتفاء على انه لو كان المراد بالنقض
الانتفاء يكون معنى الكلام وينتفي بقدرته آه ولا معنى له واما ثانيا فلانه لا شك
ان المراد بالنقض في قوله وينقضه ناقض الوضوء هو حقيقة النقض فلو حملنا النقض
على معنى النفي لاجل قوله وقدرته على ماء لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وهو
غير جائز وان كان بعموم المجاز تعسف جدا في امثال هذا المقام فكيف يتم قوله والاولى آه
قال ارباب التفسير في قوله تعالى الم تر ان الله يسجد له من في السموات ومن في
الارض الى قوله وكثير من الناس ان معنى السجود المذكور في الآية هو الخضوع
ومعنى المقدر كثير من الناس وضع الجبهة وهنا حقيقة وذلك مجاز لكن شرطه
تحقق القرينة وفي الآية قرينة تبعها ولا قرينة هنا الا يرى انه لا يقال زيد قتيل عمرو
على ان يكون المراد من المذكور القتل حقيقة ومن المقدر الضرب الشديد

ثم ان المص

ثم ان المص قيد الماء بكونه كافيا لانه اذا لم يكف يكون وجوده كعدمه كما في الابتداء
ثم قيده على استعماله لانه اذا قدر عليه ولكن لم يقدر على استعماله لمانع من الموانع
المذكورة في اول الباب يكون ايضا وجوده كعدمه ثم انه فصل صدر الشريعة
هذه المسئلة حق التفصيل ولم يترك فضل النصيحة لله دره فليطلب منه
فلو وجدت القدرة على ماء كاف وهو في الصلاة اي والحال ان المتيمم في الصلاة
بطلت صلاته يعني لو قدر المتيمم في اثناء صلاته على الماء واستعماله تبطل صلاته عندنا
مطلقا سواء كان مسافرا او مقيما وعند الشافعي لا تبطل مطلقا هو يقول ان حرمة الصلاة
مانعة عن البطلان فكان عاجزا عن الاستعمال حكما ولنا انه قادر حقيقة فتبطل ولا يبقى
لها حرمة لفوات شرطها وهو الطهارة لا ان حصلت القدرة بعدها فانها لا
تبطل اتفاقا وان قدر قبل شروعه فيها يبطل التيمم اتفاقا ولو نسيه المسافر
في رحله وصلى بالتيمم لا يعيد عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعيد
اعلم انه اذا صلى المسافر والماء في رحله فاما ان يكون عالما به بان وضعه بنفسه او غيره
بامره او لم يكن عالما به بان وضعه غيره بغير امره فان كان الثاني فلا اعادة عليه بالاتفاق
لان المرء يخاطب ولا يؤاخذ بفعل غيره وعن محمد في غير رواية الاصول انه على الخلاف
ايضا وان كان الاول وصلى بالتيمم ظنا منه ان الماء قد نفد فعليه الاعادة بلا خلاف
لانه [illegible] قبله والثالث نسيانا منه ثم تذكر فلا اعادة عليه عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف عليه الاعادة سواء تذكر في الوقت او بعده وهو قول الشافعي
لان التيمم لعادم الماء وهذا ليس بعادم له بل هو واجد له حقيقة لان الماء في رحله و
هو في يده والنسيان لا يضاد الوجود بل الذكر فلا ينتفي الوجدان فصار
كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه وصلى عاريا ولهما انا لا نسلم انه واجد
لان المراد بالوجود القدرة كما تقدم ولا قدرة له الا بالعلم ومسئلة الثوب
على الاختلاف ايضا فلا ينتهض حجة ولئن سلمنا انها كانت على الاتفاق لكن بينهما
فرق وهو ان فرض الستر يفوت لا الى خلف بخلاف صورة النزاع ثم ان قيد الرحل
مبني على الغالب والا فالمعتبر عدم كونه في العمران مسافرا كان او غيره
قال صاحب الاصلاح والايضاح ولذلك اي بالرحل بدل الماء في الجامع
الصغير وصحح فخر الاسلام في شرحه وقال المحشي الفاضل يعقوب باشا
وان نسيه وكان مما ينسى عادة ثم قال وانما قيدناه به لانه لو كان الماء
في اناء على ظهره فنسيه يعيد اتفاقا لانه مما لا ينسى عادة ويستحب
لراجي الماء تاخير الصلاة الى آخر الوقت ليؤديها باكمل الطهارتين
ولا يجب عليه ذلك لان العدم ثابت حقيقة فلا يزول حكمه بالشك
فلو صلى بالتيمم في اول الوقت ثم وجد الماء والوقت باق لا يعيد الصلاة
وقال الشافعي يلزمه الطلب ليتيقن بشرط جواز التيمم وهو
عدم الماء ويجب طلبه ان ظن قربه قدر غلوة لانه واجد للماء نظرا الى
الدليل وهو غلبة الظن لانها قائمة مقام العلم في العبادات فاذا علم انه
بقرب ماء لا يجوز تيممه فكذا اذا ظن والغلوة قيل هي مقدار
رمية سهم وقيل ثلاثمائة ذراع ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته
والا اي وان لم يظن قربه فلا يجب طلبه ويجب شراء الماء ان كان
له ثمنه ويباع بثمن المثل والا اي وان لم يكن له ثمنه او كان لكن لا يباع
بثمن المثل فلا يجب شراؤه اما الاول فظاهر واما الثاني فلانه لا يلزمه تحمل
الغبن الفاحش فلا يكون حرجا وهو مدفوع على انه مسقط الوجوب

قال صاحب العناية ثم هذه المسئلة على ثلاثة اوجه اما ان يباع بمثل قيمته في اقرب موضع من المواضع التي يعز فيها الماء او بالغبن اليسير او الفاحش ففي الوجه الاول والثاني لا يجزئه التيمم ان كان له ثمنه لتحقق القدرة فان القدرة على البدل كالقدرة على الماء فيمنع جواز التيمم كما ان القدرة على ثمن الرقبة تمنع التكفير بالصوم وفي الوجه الثالث جاز له التيمم لوجود الضرر فان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه والضرر في النفس مسقط فكذا في المال واختلف في تفسير الغبن الفاحش ففي النوادر جعله في تضعيف الثمن فقال بعضهم هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقول الحسن البصري يلزمه الشراء بجميع المال ليس بشيء كما ان قول الشافعي في الزيادة على ثمن المثل عنده في ذلك الشراء قليلة كانت او كثيرة غلط نظرا كما اعتباره خوف التلف في النفس والفصل بين الغبن اليسير والفاحش معروف في الشرع فالمصير اليه اولى انتهى ما في العناية

وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه تيمم لتحقق العجز واذا صلى بعد المنع ثم اعطاه ينتقض تيممه الان ولا يلزمه اعادة ما قد صلى وان تيمم قبل الطلب اجزأه وتيمم الجنب في المصر لخوف البرد جائز خلافا لهما اما الاول فلانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجوز لان الماء مبذول عادة وقال بعضهم لا خلاف في ذلك لان الماء في البادية من اعز الاشياء يعرفه من سافر في البادية قال صدر الشريعة وذكر في المبسوط انه ان لم يطلبه وصلى لم يجز لان الماء مبذول عادة وفي موضع آخر من المبسوط ان كان مع رفيقه ماء فعليه ان يسئله الا على قول الحسن بن زياد فانه يقول السؤال ذل وفيه بعض الحرج ولم يشرع التيمم الا لدفع الحرج ولكنا نقول ماء الطهارة مبذول عادة وليس في سؤال ما يحتاج اليه مذلة فقد سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض حوائجه من غيره ثم ان صدر الشريعة ذكر هنا بعضها من التفصيل فليطلب منه واما الثاني وهو انه لو تيمم الجنب في المصر لخوف البرد جاز فلان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره خلافا لهما ايضا لان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر ثم انه ذكر خوف الجنب عن البرد في حق اباحة التيمم ولم يذكر خوف المحدث وذكر في الاسرار انهما سواء حيث قال رجل في المصر خاف الهلاك من البرد ان اغتسل او توضأ جاز له التيمم عنده خلافا لهما ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان الجنب الصحيح في المصر اذا خاف الهلاك من الاغتسال يباح له التيمم في قول ابي حنيفة وههنا اذا خاف الهلاك من الاغتسال جاز له التيمم في قولهم واما المحدث في المصر اذا خاف الهلاك من الوضوء اختلفوا فيه على قول ابي حنيفة والصحيح انه لا يباح له التيمم ثم قال مشايخنا في ديارنا لا يباح للجنب ان يتيمم لان في ديارنا اجر الحمام يعطى بعد الخروج فيمكنه ان يدخل الحمام ثم يعطي الاجر

وذكر في المحيط اختلاف الرواية في المحدث فجوزه شيخ الاسلام ولم يجوزه الامام الحلواني كذا في النهاية ولا يجمع بين الوضوء والتيمم لبطلان الجمع بين الاصل والبدل اذ فيه اكمال الاصل بالبدل الا ترى ان التكفير بالمال لا يكمل بالصوم ولا بالعكس ولا عدة الحائض بالاشهر ولا عكسه فكذا هنا فان كان اكثر الاعضاء جريحا يتيمم ولا يغسل الصحيح والا اي وان لم يكن اكثر الاعضاء جريحا بل مساويا او اكثر الاعضاء صحيحا وفي اقلها جراحات غسل الصحيح ومسح على الجريح ولا يتيمم وكذا الجنب اذا كان اكثر بدنه مجروحا يتيمم لا غير والا غسل الصحيح ومسح على الجريح قال صاحب التسهيل ولو تنصف فلا رواية فيه لكن اختلف فيه المشايخ فبعضهم قال يتيمم وقال بعضهم يغسل الصحيح ويمسح الجريح اذا لم يضره المسح ثم قال الاولى ينبغي ان يغسل الصحيح ويمسح على الجريح اذا لم يضره وان كان اكثره جريحا وكذا لو كان كله جريحا ينبغي ان يمسح ولا يتيمم اذ مسح الجريح كغسله فلا يجوز له التيمم ما دام المسح ممكنا كالغسل

باب المسح على الخفين

باب المسح على الخفين

والخرج لله

عقب بالمسح التيمم اما لان كل واحد منهما بدل عن الغسل طهارة المسح غير ان احدهما بالتراب او لان كل واحد منهما بدل عن الغسل او لان كل واحد منهما رخصة موقتة الى غاية وهي وجدان الماء في التيمم ويوم وليلة او ثلاثة ايام ولياليها في المسح كذا في العناية والنهاية

يجوز بالسنة اي بقول النبي عليه السلام وفعله والاخبار فيه مستفيضة اي كثيرة شايعة فعلا وقولا اما الفعل فقد روى ابو بكر رض والعبادلة وجماعة كثيرة من الصحابة رض انه صلى الله عليه وسلم مسح على خفيه واما القول فقد روى عمر وعلي وجماعة الصحابة رض انه عليه السلام قال يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها وقال مغيرة بن شعبة رض توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكنت اصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فاخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال بهذا امرني ربي وعن صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرنا اذا كنا في سفر ومسافرين ان لا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا عن جنابة وقال الحسن البصري ادركت سبعين بدريا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم يرون المسح على الخفين ومن لم ير المسح على الخفين جائزا من الصحابة كابن عباس وعائشة صح رجوعهما الى قول عامة الصحابة رض وقيل كان ابن عباس رض يقول اولا لان امسح على ظهر عير في الفلاة احب الي من ان امسح على الخفين وقد صح رجوعه عنه رواه تلميذه عطاء ابن ابي رباح وكانت تقول عائشة رض اولا لان تقطع قدماي احب الي من ان امسح على الخفين وقد صح رجوعها عنه رواه شريح ابن هانئ وصح انها قالت ما زال يمسح رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخفين بعد نزول المائدة ولكثرة الاخبار فيه قال ابو حنيفة رحمه الله ما قلت بالمسح حتى جاء فيه مثل ضوء النهار وقال ابو يوسف خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته وقال الكرخي اخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين لان الآثار التي جاءت فيه في حيز التواتر وقال شيخ الاسلام والدليل على ان من لم ير المسح على الخفين كان ضالا مبتدعا ما روي ان ابا حنيفة رح سئل عن مذهب اهل السنة والجماعة فقال هو ان يفضل الشيخين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما على سائر الصحابة وان يحب الختنين يعني عثمان وعليا رضي الله عنهما وان يرى المسح على الخفين وروي ان قتادة رض لما قدم الكوفة دخل عليه ابو حنيفة وهو صبي فقال قتادة من اين انت قال من الكوفة فقال انت من القوم الذين اتخذوا دينهم شيعا قال لا ولكن افضل الشيخين واحب الختنين وارى الصلوة كل خلف بر وفاجر ولا اكفر احدا بذنب ولا اخرج احدا من الاسلام الا من الوجه الذي دخل وارى المسح على الخفين فقال له قتادة اصبت وقوله الا من الوجه الذي دخل يعني دخل في الاسلام بالشهادة فلا يحكم بخروجه عن الاسلام الا بجحودها كذا في النهاية والعناية وانما قال يجوز لانه اذا لم يمسح اصلا فنزع خفيه وغسل رجليه لا يأثم بل قال صاحب النهاية لكن من رآه ثم لم يمسح عملا بالعزيمة كان ماجورا من كل حدث موجب الوضوء لا لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال على ما رويناه آنفا ولان الجنابة لا يتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر كذا في النهاية ونقل صاحب العناية عن شمس الائمة السرخسي وجها آخر حيث قال وقال شمس الائمة الجنابة الزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى ذلك بخلاف الحدث الاصغر فانه اوجب غسل اعضاء يمكن ان يجمع بينه وبين مسح الخف انتهى قال الفاضل قاضي زاده فيه بحث لانه ان اراد انه يمكن الجمع بين مسح الخف وبين غسل اعضاء الوضوء غسلا حقيقيا فمهم كيف ومن اعضاء الوضوء الرجلان

ولا يتحقق غسلهما غسلاً حقيقياً الا باسالة الماء عليهما لا يجوز المسح على الخفين الملبوسين
عليهما وان اراد انه يمكن الجمع بين مسح الخف وبين غسل اعضاء الوضوء غسلاً حقيقياً
او حكمياً ومسح الخف غسل حكمي وان لم يكن غسلاً حقيقياً فهو مسلم لكن ينافي الجمع
بين الجمع المسح على الخف وبين غسل جميع البدن بهذا المعنى في صورة الجنابة ايضاً فلا يتم
الفرق المذكور تبصر قال صدر الشريعة مثل صورة جنب تيمم ثم احدث ووجد من الماء ما
يتوضأ به فتوضأ ولبس خفيه ثم مر على ماء يكفي للاغتسال ولم يغتسل ثم وجد من الماء
ما يتوضأ به فتيمم للجنابة فان احدث بعد ذلك توضأ ونزع خفيه قال الفاضل قاضي زاده
لا يذهب على ذي فطنة ان هذه الصورة مع اشتمالها على زيادة غير محتاج اليها في بيان
ما هو المقصود هنا لا تدل على المط وهو عدم جواز المسح لمن وجب عليه الغسل اذ لم
يوجد في هذه الصورة لبسهما على طهارة كاملة فان اللبس في ذلك انما هو فيها بعد
ان تيمم عن الجنابة ولم يغتسل بالماء والتيمم ليس بطهارة كاملة كما صرحوا به وشرط جواز
المسح ان يكونا ملبوسين على طهر تام فيجوز ان يكون لزوم نزع خفيه في هذه الصورة
لعدم وجدان شرط جواز المسح على الخف وهو لبسهما على الطهارة الكاملة لا لعدم جواز
المسح لمن وجب عليه الغسل فلا يتم المط فالاخصر الاظهر من هاتيك الصورة ما ذكره
صاحب الكفاية نقلاً عما ذكره محمد في الاصل وهو ان المسافر توضأ ولبس خفيه
ثم اجنب وعنده ما يكفي الوضوء فتيمم وصلى فان احدث وعنده ذلك الماء لزمه غسل رجليه
ولا يجوز المسح لان الجنابة حلت القدم انتهى ما ذكره صاحب الكفاية
وما ذكره صاحب النهاية وصاحب العناية حيث قالا صورته رجل توضأ ولبس الخف
ثم اجنب ثم وجد ما يكفي الوضوء ولا يكفي للاغتسال فانه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح
ويتيمم للجنابة انتهى اذ لا يرد على هاتين الصورتين ما يرد على ما ذكره صدر الشريعة من الخلل
المذكور كما ترى قلت لكن يرد على هذه الصور كلها انه ليس في شيء منها من يجب
عليه الغسل ولا يجوز له المسح على الخف اذ لا يجب الغسل على الجنب المتيمم عند عدم الماء
الكافي للغسل على ما هو المفروض في هذه الصور كلها فكيف يتم تصويرها بنحو فيه
ما نقله صاحب الكفاية عن بعض المشايخ حيث قال قال الامام نجم الدين الزاهدي في شرحه
للقدوري سالت استاذي شيخ الاسلام نجم الائمة البخاري عن صورته
فقال توضأ ولبس خفيه ثم اجنب ليس له ان يشد خفيه فوق الكعبين ثم يغتسل
ويمسح عليهما انتهى اذ لا يرد على هذه الصورة شيء مما ذكر كما لا يخفى انتهى ما
ذكره الفاضل قاضي زاده يقول الفقير كيف يقال انه ليس في الصور التي ذكرها صدر الشريعة
وصاحب الكفاية نقلاً عن محمد وصاحب العناية والنهاية من يجب عليه الغسل
ولا يجوز له المسح على الخف فان من ذكر في هذه الصور يصدق عليه انه يجب
عليه الغسل عند وجود الماء الكافي للغسل وان لم يجب عليه حالاً على انا نقول
للمولى المزبور ايجوز المسح على الخف في هذه الصور ام لا فان قال لا يجوز
يثبت المط ويصدق عليه انه يجب عليه الغسل في الجملة ولا يجوز له المسح على الخفين
وان قال يجوز يلزمه البيان نعم في تصوير صدر الشريعة زيادة فيها مستغنى عنه
تدبر حق التدبر حتى يظهر الحق بالتفكر وقال صاحب الدرر الموضع موضع النفي
فلا يحتاج الى التصوير فان من اجنب بعد لبس الخف على طهارة كاملة لا يجوز
له المسح لعدم الامكان وقال شارح الكنز المسمى بالمسكين
في شرح قوله لا جنباً اي لا يصح لو كان جنباً لانه لا يتاتى الاغتسال مع وجود الخف
ملبوساً وهذا التقرير يغني عن التقدير والتصوير
ان كانا ملبوسين على طهر تام عند الحدث حتى انه لو غسل رجليه اولاً
ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث جاز له المسح ه

وهو عدم جواز المسح على الخف لمن عليه الغسل يتبين من هذه الصورة فالحق في تصويرها

وقت الحدث

او توضأ وضوءاً مرتباً فغسل رجله اليمنى وادخلها الخف ثم غسل رجله اليسرى
وادخلها الخف ثم احدث جاز له المسح ايضاً مع انه ليس له طهارة تامة في الصورة الاولى
اذا لبس الخفين وفي الصورة الثانية اذا لبس اليمنى لكنهما ملبوسان على طهر تام وقت الحدث
وغير صاحب الاصلاح والايضاح لفظ طهر في كلام صدر الشريعة الى لفظ وضوء فقال في متنه
ملبوسين على وضوء تام وقت الحدث ثم قال في شرحه لم يقل على طهر لانه يشمل التيمم ولا جزء
له في هذا الباب قال الفاضل قاضي زاده ليس هذا بشيء لان التيمم يخرج بقيد تام فانه
ليس بطهر تام بل هو طهر ناقص وقد صرح بخروج التيمم بقيد تام في التبيين وغيره
فلا خير في ان يشمل الطهر التيمم لانه يخرج بقيد التمام انتهى ثم ان صاحب الاصلاح
والايضاح احترز بقيد التمام عن وضوء غير مستوعب بان بقي من اعضائه لمعة لم يصبها الماء
فانه لو احدث قبل الاستيعاب لا يجوز له المسح انتهى ولقد سبقه الى هذا المعنى بعينه
الفاضل الزيلعي في شرح الكنز يقول الفقير ليس ذلك بتام فانه اذا بقي من اعضاء
الوضوء لمعة لم يصبها الماء لم يتحقق الوضوء الشرعي لان الوضوء في الشرع اصابة الماء
الى اعضاء الوضوء بتمامها غسلاً ومسحاً فاذا لم يصب الماء الى جزء من اعضاء الوضوء
انتفى الوضوء ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء من اجزائه ففي الصورة المذكورة
لم يتحقق الوضوء الشرعي راساً فلا جرم خرجت بقوله على وضوء لانه لم يتحقق هنالك
نفس الوضوء الشرعي لكن انتفى وصف تمامه حكماً حتى يحتاج الى الاخراج بقيد تام
فالصواب ان قيد تام احتراز عن الوضوء الناقص كوضوء اصحاب الاعذار
والوضوء بنبيذ التمر على ما ذكر في عامة الشروح والحواشي يوماً وليلة للمقيم
وثلاثة ايام ولياليها للمسافر من وقت الحدث وقال مالك في رواية عنه المقيم
لا يمسح اصلاً والمسافر يمسح مؤبداً وفي رواية عنه ان المقيم كالمسافر يمسح مؤبداً
احتج للاولى في المقيم بان المسح للضرورة ولا ضرورة في المقيم وفي المسافر بحديث عمار
انه قال قلت يا رسول الله امسح على الخفين يوماً قال نعم فقلت يومين قال نعم حتى
انتهيت الى سبعة ايام فقال اذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك وللثانية
بما روى سعد بن ابي وقاص وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليمان وجماعة من الصحابة
ان المسح على الخفين غير موقت ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي
ولنا الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر
ثلاثة ايام ولياليها رواه عمر وعلي وجابر وخزيمة وصفوان وعوف
بن مالك وابو بكرة وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم وما رواه مالك شاذ في الحكم
لا يؤخذ بالشاذ قال احمد بن حنبل رجاله لا يعرفون وقال ابو داود وقد اختلف
في اسناده وقال الدارقطني اسناده لا يثبت وقال يحيى بن معين اسناده مضطرب
وقال البخاري حديث مجهول على ان تاويله ان مراده صلى الله عليه وسلم بيان ان المسح مؤبد
غير منسوخ لا ان لا ينزع خفيه في هذه المدة وعدم الضرورة في المقيم ممنوع فانه يلبس
الخف ويصبح ويخرج لحوائجه ويشق عليه النزع قبل ان يعود الى بيته ليلاً
وابتداء المدة عقيب الحدث لا وقت اللبس كما ذهب اليه الحسن البصري مستدلاً
بان جوازه لسببه فيعتبر من وقته ولا من حين المسح كما ذهب اليه الاوزاعي وابو ثور
واحمد في رواية محتجين بان التقدير لاجل فيعتبر من وقته وبيان ذلك فيمن توضأ عند
طلوع الفجر ولبس الخف ثم احدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال
فعلى قول العامة يمسح المقيم الى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو ما بعد طلوع الشمس
من اليوم الثاني وعلى القول الثاني الى وقت طلوع الفجر من اليوم الثاني وهو وقت اللبس
وعلى القول الثالث الى ما بعد الزوال من اليوم الثاني وهو وقت المسح والمسافر على هذا
والصحيح قول العامة لان الخف مانع سراية الحدث ووصوله الى الرجل والمانع عن الشيء

انما يكون مانعاً حقيقة عند طريان المم والحقيقة اولى بالاعتبار فيعتبر ابتداء المدة من عنده ه

وفرض قدر ثلاث اصابع من اليد على الاعلى من كل رجل على حدة حتى لو مسح على احدى رجليه
مقدار اصبع وعلى الاخرى مقدار اربع اصابع لم يجز ولو مسح باصبع واحدة ثلاث مرات بمياه
جديدة على كل رجل جاز لحصول المقصود وبلا تجديد لا يجوز والى الاشتراط اشار بلفظ قدر
ولو اصاب موضع المسح ماء المطر قدر ثلاث اصابع جاز وكذا لو مشى في حشيش مبتل بالمطر او الطل
او اصاب الخف طل قدر الواجب وذكر اليد احتراز عن اصابع الرجل كما روي عن الكرخي
ولقائل ان يقول الفرض ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ولهذا يكفر جاحده وقد مر
في اول الباب انه ثبت بالسنة وهي لا تفيد القطع وانما تفيد علم طمأنينة كما عرف في اصول الفقه
ولهذا لا يكفر جاحد المسح على الخفين بل يصير مبتدعا على ما صرح في الهداية وغيره من الكتب
فكيف يكون للمسح على الخفين فرض حتى يصح قوله وفرضه آه والجواب ان الفرض يطلق على
معنيين على ما ذكرنا في اول الكتاب في قوله وفرض الوضوء احدهما ما ثبت بدليل قطعي كاصل الغسل
والمسح على الراس وهو الفرض علما وعملا ويكفر جاحده وثانيهما ما يفوت الجواز بفواته
ولا يجبر بجابر كغسل مقدار معين في اعضاء الوضوء وهو الفرض عملا لا علما ولا يكفر جاحده
فالمراد بالفرض ههنا هو المعنى الثاني فلا اشكال فيه اصلا وقوله على الاعلى اشارة
الى انه لا يجوز على اسفل الخف وعقبه وساقه لان المسح معدول به عن القياس
اذ القياس ان لا يقوم المسح الذي لا يزيل النجاسة مقام الغسل الذي يزيلها كما اشار
اليه علي رضي الله عنه بقوله لو كان الدين بالراي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره
ولكني رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر الخف دون باطنه وانما كان
الراي في ذلك لان باطن الخف يلاقي الارض بما عليها من طين وتراب وانما كان معدولا به عن القياس
يراعى جميع ما ورد به الشرع بخلاف مسح الراس فانه يجوز من اي جانب كان لان الحديث
ورد بيانا للمجمل لان الاية في بيان المقدار مجمل فيكون يتبين الناصية بيانا للمقدار من اي جانب كان

وسنته ان يبدي من اصابع الرجل ويمد الى الساق مفرجا اصابعه خطوطا مرة واحدة
قال صاحب الدرر هذه العبارة منقولة عن المشايخ يشهد به التتبع فلا وجه لما قال
صدر الشريعة فان مسح رسول الله صلى الله عليه وسلم كان خطوطا فيعلم انها بالاصابع دون الكف
وما زاد على مقدار ثلاث اصابع اليد انما هو بماء مستعمل فلا اعتبار له فبقي مقدار ثلاثة اصابع
وذلك لان مد الاصابع الى الساق اذا كان سنة لم يحصل الا بالماء المطهر فقد اتفقوا على ان
الماء المستعمل غير مطهر وايضا اتفقوا على ان الماء ما دام في العضو لم يكن مستعملا فكيف يصح ما
ذكره صدر الشريعة قال الفاضل قاضي زاده بعد ما نقل كلام الدرر فيكون اعتراض صاحب الدرر
على كلام صدر الشريعة بوجهين كما ترى قلت ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد ذكر في
شروح الهداية في مسالة كون مسح كل الراس سنة ان الماء ياخذ حكم الاستعمال لاقامة الفرض
لا لاقامة السنة فيحمل بناء كلام صدر الشريعة ههنا على ذلك ويكون مراده
ان ما زاد على مقدار ثلاث اصابع عند المد الى الساق انما هو بماء مستعمل لو اريد به
اقامة الفرض فلا اعتبار له في حكم الفرضية وان كان له اعتبار في حكم السنة بناء على
اخذ الماء حكم الاستعمال لاقامة السنة فبقي للفرضية مقدار ثلاث اصابع لا غير
ولعترض على صاحب الاصلاح والايضاح ايضا بوجه ثالث حيث قال وما قيل ان ما زاد على
مقدار ثلاث اصابع انما هو بماء مستعمل فلا اعتبار له لان الزيادة اذا كانت باصبع اخرى
لا يلزم المحذور المذكور انتهى قلت هذا ساقط لان كلام صدر الشريعة في الزيادة
الحاصلة بمد الاصابع الى الساق لا في الزيادة الحاصلة باصبع زائدة على الثلاث فخارجة باشارة
نفس اللفظ في حديث مغيرة رض وهو خطوطا بالاصابع فان اقل الجمع ثلاثة فهي متيقنة والحمل
على المتيقن واجب في مثل ما نحن فيه ومن هنا قال صاحب العناية وانما التقييد
بثلاث اصابع فيما ثبت في قول مغيرة رض خطوطا بالاصابع فان اقل الجمع ثلاثة انتهى

ويمنع

ويمنع الخرق الكبير وهو ما يبدو منه قدر ثلاث اصابع الرجل اصغرها قال صاحب العناية
روي كثير بالثاء المثلثة وكبير بالباء المنقوطة من تحت والاول يقابله القليل والثاني يقابله
الصغير وفي هذه المسالة اربعة اقوال الاول شمول المنع في القليل والكثير وهو مذهب زفر
والشافعي والثاني شمول الجواز فيهما وهو مذهب سفيان الثوري وقد روي عن مالك
ايضا والثالث الفصل بين القليل والكثير وهو قول علمائنا والرابع غسل ما ظهر من القدم
ومسح ما لم يظهر وهو قول الاوزاعي ثم عرف الكبير بما يبدو منه قدر ثلاث اصابع الرجل
اصغرها اعتبر اصابع الرجل لانها الاصل في القدم حتى يجب الدية بقطعها بلا كف
والثلاث اكثرها وللاكثر حكم الكل واعتبر الاصاغر للاحتياط واعتبار اصابع الرجل
هو رواية الزيادات لان الخرق اذا كان مقدار ثلاثة اصابع انما منع جواز المسح لانه مما
يمنع قطع السفر ومع ذلك يمنع والمشي انما يتحقق من الرجل فيعتبر ثلاثة اصابع الرجل
وانما فعل المسح فانما يوجد من اليد فاعتبر باصابع اليد وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة
ان المعتبر ثلاث اصابع من اصابع اليد لانه آلة المسح وقال شمس الائمة الحلواني
المعتبر في الخرق اكبر الاصابع ان كان الخرق عند اكبرها واصغرها ان كان عند اصغرها
ولم يبين ذلك اذا كان يبدو قدر ثلاث انامل من اصابع الرجل قال بعضهم يمنع المسح
واليه اشار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم لا يمنع والشرط ان يبدو قدر ثلاث
اصابع بكمالها واليه اشار شمس الائمة الحلواني وقيل في النهاية هو الاصح قال صاحب الدرر
انما يمنع الخرق الكبير اذا كان منفرجا يرى ما تحته فان لم ير ما تحته بان كان بصلابة الخف
لكنه اذا ادخل فيه الاصابع دخلت لا يمنع ولو يبدو حال المشي لا حال وضع القدم
يمنع لانه للمشي يلبس والخرق فوق الكعب لا يمنع اذ لا عبرة للبسه ثم في الخرق
وهنا اذا كان خرق الخف غير مقابل للاصابع وفي غير موضع العقب اما اذا كان مقابلا لها
فالمعتبر ظهور ثلاث اصابع مما وقعت في مقابلة الخرق لان كل اصبع اصل في موضعها
واذا كان في موضع العقب لا يمنع ما لم يظهر اكثره وقال المحشي المعروف بيعقوب باشا
وذكر في بعض الكتب ان هذا اذا كان الخرق في موضع الاصابع واما اذا كان في
العقب فانه لا يمنع جواز المسح ما لم يكن اكثر العقب ظاهرا كذا ذكره الفقيه ابو اسحق الحافظ
ويجمع الخرق في خف لا في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر
بالاخر والخرق المعتبر ما يدخل فيه مسلة وما دونه كالعدم وقيل ينبغي ان يجمع
في الخفين ايضا لان الرجلين صارتا كعضو واحد في حق حكم شرعي وهو الخروج حتى
فلا يكونان فيه كعضو واحد ولهذا لو مد الماء من الاصابع الى العقب جاز ولم يظهر له
حكم الاستعمال لانه عضو واحد ولو مد الماء من احد الرجلين الى الاخرى لم يجز
والحاصل ان للرجلين شبها بعضو واحد من حيث دخولهما تحت خطاب واحد وبعضوين
من حيث قطع المسافة فعملنا بالشبهين وقلنا بعدم الجمع نظرا الى الشبه الثاني
وبعدم غسل ما فيه الخرق ومن الاخرى نظرا الى الشبه الاول لئلا يلزم الجمع بين الغسل
والمسح فيما هو كعضو واحد بخلاف النجاسة يعني اذا كان في احد الخفين نجاسة
قليلة وفي الاخرى كذلك يجمع بينهما والانكشاف اي انكشاف العورة بالنون
كانكشاف شيء من فرج المراة وشيء من ظهرها وشيء من بطنها وشيء من فخذها و
شيء من ساقها حيث يجمع لمنع جواز الصلاة وينقضه اي مسح الخفين ناقض الوضوء
لانه بعض الوضوء فلو لم ينتقض به لكان ما فرضناه ناقضا للوضوء لم يكن ناقضا له بل
لبعضه وهنا خلف باطل ونزع الخف لان الحدث السابق يخرج النجاسة عن بدن الانسان
كان يمتنع العمل بوجود المانع وهو الخف فاذا زال المانع سرى الحدث الى القدم
وعمل عمله وكذا نزع احدهما ينقض المسح ويوجب غسل الرجلين
لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة ووجب غسل الرجلين

قال صاحب الاصلاح والايضاح ويبطل نزع الخف في متنه ثم قال
في شرحه فمن اسند الى النقض فقد تجوز انتهى ومضي المدة لما روينا من قوله عليه السلام
يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة ايام ولياليها واما حديث صفوان فذلك
مخصوص من المسافر وهذا الحكم عام له وللمقيم فلا يختص به كذا ان لم يخف تلف رجليه
من البرد يعني اذا مضت مدة المسح وهو مسافر فخاف ذهاب رجليه من البرد لو نزع
جاز المسح عليه كذا في الكافي قال صاحب التسهيل ولو خاف البرد على رجليه بالغسل
بعدما مضت مدة المسح يمسح عليهما ولكن يستوعب بالمسح كالجبائر ويصلي
وفي الايضاح مثله يقول الفقير ولو قال ان لم يخف تلف رجله بدل رجليه من البرد
كما وقع في عبارة الشارح لكان اولى فلو نزع او مضت مدة وهو متوضئ غسل
رجليه فقط وليس عليه اعادة بقية الوضوء وقال الشافعي عليه ان يعيد الوضوء
لان طهارة الرجلين قد انتقضت بالنزع او المضي وانتقاض الطهارة مما لا يتجزى
فصار كالمنتقض بالحدث والجواب ان الحدث اسم لخارج نجس والنزع والمضي
ليسا كذلك وانما سرى حدث كان قبل النزع والمضي الى الرجلين خاصة لانه
غسل سائر الاعضاء فتوجه لذلك الحدث سواهما فلا يجب ثانيا ما لم يوجد
الحدث في حقها فكانه توضأ ولم يغسل رجليه يجب غسلهما فقط
وغاية ما في الباب عدم وجود الموالاة وهي ليست بشرط عندنا وقد روي
عن ابن عمر رضي الله عنه كان في غزوة فنزع خفيه وغسل قدميه ولم يعد الوضوء
وهكذا روي عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم
وخروج اكثر القدم الى ساق الخف نزع لانه لا معتبر بالساق في حق المسح لانها
ليست بمحل له وما لا معتبر به في حقه فخروج القدم اليه ناقض كخروجها من الخف
فكذا يثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم الى ساق الخف لان للاكثر حكم الكل هو الصحيح
وهو المروي عن ابي يوسف وهو قول الحسن بن زياد ووجهه ان الاحتراز عن خروج
القليل متعذر لانه ربما يحصل بدون القصد كما اذا كان الخف واسعا اذا رفع القدم
يخرج العقب واذا وضعها عادت العقب الى مكانها فلو قلنا ينتقض المسح في مثله
وقع الناس في الحرج بخلاف الاكثر فان الاحتراز عنه ليس متعذر وروي عن محمد
انه اذا خرج اكثر العقب الى الساق بطل مسحه لكن يعني به انه اذا بدا له نزع الخف فحركه
للنزع حتى زال اكثر عقبه واما اذا زال باعتبار سعة الخف فلم يبطل اجماعا دفعا
للحرج ووجه قوله ان المسح انما يبقى ببقاء محل الغسل في الخف ولم يبق بزوال العقب
او اكثره الى الساق فلا يبقى المسح وعن محمد ان بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز
عليه المسح جاز والا فلا كذا في العناية ولو مسح مقيم وسافر قبل يوم وليلة
تمم مدة المسافر عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه
اخر الوقت بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم
ولو مسح مسافر فاقام لتمام يوم وليلة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه
والا اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم والمعذور ان لبس على الانقطاع
فكالصحيح فيمسح في الوقت وبعد خروجه بالاتفاق والا وان لم يلبس على الانقطاع
بل لبس حال كون العذر موجودا مسح في الوقت الى تمام الوقت لا بعد خروجه
وقال زفر يمسح خارج الوقت الى تمام مدة المسح لان طهارة المعذور طهارة كاملة في حق
حتى جازت صلاته فكان لبسه على طهارة كاملة فيمسح كالصحيح ولنا انها طهارة ضرورية لانها صحت
مع ما ينافيها انما اعتبرت طهارة في الوقت لضرورة اداء الصلاة فاذا خرج الوقت يكون طهارة
منتقضة من اول الوقت فصار لابسا خفيه على غير طهارة ويجوز المسح على الجرموق فوق الخف ان
لبسه قبل الحدث والجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه اقصر من الخف كذا في العناية

قال صاحب

قال صاحب الاصلاح والايضاح في الجرموق معرب كموك وهو ما يلبس فوق الخف وقاية
يقول الفقير والعجب منه انه بعد ما قال هنا كذا قال في رسالته التي عملها في تحقيق المعرب
الجرموق معرب سموزه وهو ما يلبس فوق الموق وقاية له عن الوحل والنجاسة اللهم الا ان يقال
ثم قال والجوهري لم يصب في ضم الفرق بينه وبين الموق حيث قال الموق هو الذي يلبس
فوق الخف ثم قال ايضا والجرموق هو الذي يلبس فوق الخف قال صاحب القاموس
الجرموق كعصفور هو الذي يلبس فوق الخف والموق خف غليظ يلبس فوق الخف
فيكون قول صاحب الاصلاح والايضاح والجوهري لم يصب عجب من قوله السابق وهنا لما
صرح بانه من ائمة اللغة وكان المناسب لصاحب الاصلاح ان يثبت كون الموق خفا غير الجرموق
بنقل امام من ائمة اللغة اوجد والا فلا اعتبار بقوله المجرد على ان ما ذكره من عدم اصابة
الجوهري لو كان واقعا لنبه عليه صاحب القاموس فيما سلك مسلكه لانه التزم التنبيه على ما
وقع للجوهري من الغلط فتتبع وقال الشافعي لا يمسح عليه لان الخف بدل عن الرجل والبدل
لا يكون له بدل بالرأي فان الشرع ورد بالمسح على الخفين بدلا عن الرجلين لا غير فتجويز
المسح على الجرموق اقامة بدل عنه بالرأي فهو لا يجوز ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا
وغرضا اما الاستعمال فانه يلبس مع الخف مشيا وقياما وقعودا وارتفاعا وانخفاضا
واما الغرض فانه وقاية للخف كما ان الخف وقاية للرجل فصار كخف ذي طاقين قيل لو كان
كذلك لما وجب المسح على الخفين عند نزع الجرموقين كما لو مسح على خف ذي طاقين ثم
نزع احد طاقيه او كان الخف مشعرا فمسح عليه ثم حلق الشعر فانه لا يجب عليه اعادة المسح
اجيب بان الجرموق ليس بتبع من حيث الاصل الا ترى انه لو لبسه منفردا جاز المسح عليه بالاجماع
وتبع من حيث الاستعمال فان لبسه على الخف صار تابعا وكان المسح عليه كالمسح على الخف
واذا زال بالنزع زالت التبعية وحل الحدث بما تحته فيجب اعادة المسح عليه واما طاق الخف
فلشدة اتصال احدهما بالاخر كان كالشعر مع البشرة وقد تقرر انه اذا مسح على الراس ثم حلقه
لا يجب عليه الاعادة وما قال الشافعي من انه بدل عن الرجل والبدل لا يكون له بدل فجوابه لا نسلم
ان الجرموق بدل عن الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لان الخف لم ينعقد فيه حكم
المسح بعد قيل لو كان كذلك لوجب غسل الرجلين عند نزعهما كما في نزع الخفين وليس كذلك
فكان بدل الخف ولزم بدل البدل اجيب بانه بدل الرجل ما لم يحل الحدث بالخف فاذا
نزع زالت البدلية عنه وحل الحدث بالخف فاذا نزع زالت البدلية عنه وحل الحدث
بالرجل فكان الخف بدلا عن الرجل اذ ذاك ولزم المسح عليه ويجوز المسح على الجورب مجلدا
او منعلا وهو ما وضع الجلد على اعلاه واسفله فيكون كالخف والمنعل يروى بالتشديد
وفتح النون ويروى بالتخفيف وسكون النون وهو ما وضع الجلد على اسفله كالنعل
فانه يمكن مواظبة المشي عليه فيصير كالخف وكذا على الثخينين في الاصح عن الامام
وهو قولهما لما روي ان النبي عليه السلام مسح على الجوربين رواه ابو موسى الاشعري
ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا بحيث يستمسك على الساق من غير ربط فاشبه الخف
فيلحق به وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز على الثخينين اذا كان غير منعلين ووجه الرواية
ان الالحاق انما يصح اذا كان في معناه من كل وجه وليس كذلك لان الخف يمكن
مواظبة المشي فيه دون الجورب الا اذا كان منعلا وهو محمل حديث ابي موسى الاشعري رضي
على ان ابا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي مع ان المسح على الخف
على خلاف القياس والجورب ليس في معناه من كل وجه حتى يلحق به قيل انه رجع كان يمنع
الناس عن المسح عليه ثم مسح عليه في مرضه فقال لعواده فعلت ما كنت
امنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه الى قولهما قال صاحب الهداية
وعليه الفتوى [illegible] قال المص رحمه الله في الاصح عن الامام

وقال الشافعي لا يجوز المسح على الجورب وان كان منعلا الا اذا كان مجلدا الى الكعبين كذا في التحفة
والحاصل ان المسح على الجوارب على ثلاثة اوجه في وجه يجوز بالاتفاق بين اصحابنا وهو ما اذا كانا
ثخينين مجلدين او منعلين وفي وجه لا يجوز بالاتفاق وهو ان لا يكونا ثخينين ولا مجلدين ولا منعلين
وعلى رواية رجوع الامام الى قولهما يكون هذا ايضا بالاتفاق بين اصحابنا
ويجوز المسح على الجارموق ان كان يستر القدم والا فلا يجوز على الاصح كذا في الخزانة
ونقل عن بعض الفتاوى ان ما يلبس من الكرباس تحت الخف يمنع المسح على الخف
ولكن يفهم مما ذكر في الكافي انه يجوز المسح على الخف ولا يمنع لان الخف
الغير الصالح للمسح لخرقه لم يكن فاصلا فان لا يكون الكرباس فاصلا اولى
لا على عمامة وهي بكسر العين واحد العمائم وهي تيجان العرب وفيه نفي قول من جوز المسح عليها
كالاوزاعي واحمد بن حنبل واهل الظاهر قالوا صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
مسح على عمامته وخفيه قلنا المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع العمامة
والتمسك بالحديث ضعيف لان قوله تعالى وامسحوا برؤوسكم يقتضي عدم جواز مسح
غير الرأس فالعمل بالحديث يكون زيادة عليه بخبر الواحد وهو نسخ لا يجوز
وقلنسوة بفتح القاف واللام وسكون النون وضم السين ما يلف عليه العمامة
وبرقع بفتح القاف وضمها الخمار وقفازين بضم القاف وتشديد الفاء ما يعمل
لليدين لدفع البرد او لدفع مخلب الصقر وانما لم يجز المسح عليها لما ذكرنا انفا
ان المسح على الخف ثبت رخصة لدفع الحرج ولا حرج في نزع هذه الاشياء ومن دلائل
المخالف ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه بعث سرية وامرهم ان يمسحوا على المشاوز
والتساخين والمشاوز على العمائم والتساخين هي الخفاف قال صاحب القاموس
المشوذ كالمنبر العمامة كالمشواذ جمعه مشاوذ والتساخين الخفاف
قلنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خص به تلك السرية لعلمه بهم فقد كان يخص
بعض اصحابه باشياء كما اختار لعبد الرحمن لبس الحرير وخص خزيمة بشهادة وحده كذا
في النهاية ويجوز المسح على الجبيرة وخرقة القرحة ونحوهما والجبيرة واحد الجبائر
وهي العيدان التي يجبر بها العظام وخرقة القرحة ما يوضع على القرحة وموضع الفصد
قال فخر الدين قاضيخان عليه رحمة الملك المنان انما يجوز المسح على الجبائر
اذا كان يضره المسح واما اذا كان لا يضره المسح لا يجوز المسح عليها وفي المحيط
ذكر هذا التفصيل عن الحسن من الكنز النسفي ثم قال ينبغي ان يحفظ هذا لان
الناس عنه غافلون كذا في النهاية وان شدها بلا وضوء لانها انما تربط حالة
واشتراط الطهارة في تلك الحالة تفضي الى الحرج والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم
فعل ذلك بعلي رضي الله عنه حين كسر زنده يوم احد قيل يوم خيبر فانه كان حامل راية رسول الله
صلى الله عليه وسلم فكسر زنده وسقط اللواء من يده فقال عليه السلام اجعلوها في يساره
فانه صاحب لوائي في الدنيا والاخرة فقال ما اصنع بالجبائر فقال عليه السلام امسح عليها
من غير فصل قال صاحب النهاية ذكر في تتمة الفتاوى ان المسح على الجبائر
يخالف مسح الخفين في ثلاثة احكام احدها جواز المسح عليها وان شدها على غير وضوء
والثاني ان مسح الخفين ينتقض بانقضاء مدة المسح ومسح الجبيرة لا ينتقض الا بالحدث
والثالث ان مسح الخف اذا نزع احد خفيه يلزمه غسل الرجلين واذا سقطت
الجبيرة لا عن برء لا يلزمه الغسل اصلا يقول الفقير ومن وجوه الفرق ايضا ان الجبيرة
يستوي فيها المحدث والجنب بخلاف الخف وهو كالغسل لما تحتها ما دام
العذر باقيا حتى لو مسح على جبيرة احدى الرجلين لا يجوز المسح على خف الرجل الاخرى لئلا يكون
جامعا بين الغسل حكما والمسح ويجمع معه اي مع الغسل هو لو لم يكن كالغسل لكان جامعا
لا يجمع مع الغسل كغسل احدى قدميه ومسح احدى خفيه فانه لا يجوز

ولا يتوقت

ولا يتوقت بوقت ينقض بعضه وهو احد وجوه المخالفة بينه وبين مسح الخف على ما نقل
من تتمة الفتاوى انفا ثم ان في قوله في صدر المسئلة ويجوز اشارة الى ان مسح الجبيرة
ليس بفرض ولا واجب وذلك لان الروايات قد اختلفت فقال في شرح الطحاوي
المسح على الجبائر ليس بفرض ولا واجب وذلك لا عند ابي حنيفة وان لم يضره بل هو مستحب
ويجوز الصلاة بدونه عنده خلافا لهما فانهما قالا امره عليه السلام عليا به والامر للوجوب
وفي الربع المسح يقوم مقام غسل ما تحتها وغسل ما تحتها لم يكن واجبا فكذا المسح
وهذا يرشد الى ان المراد الاستحباب وفي المحيط انه واجب عنده كما عندهما كذا في العناية
ويمسح على كل العصابة وهي ما يشد به الخرقة لئلا تسقط مع فرجها ان ضره
حلها كان تحتها جراحة اولا يعني ان كانت العصابة زائدة على رأس الجرح فان
كان حل العصابة وغسل ما تحتها يضره مسح على الكل سواء كان تحتها جراحة او لا
وان كان لا يضره ذلك حلها وغسل ما حول الجراحة ومسح عليها قال صدر الشريعة
وكذا الحكم في كل خرقة جاوزت موضع القرحة وان كان حل العصابة لا يضر لكن نزعها
عن موضع الجراحة يضره حلها ويغسل ما تحتها الى موضع الجراحة ثم يشدها ويمسح موضع الجراحة
ويكفي مسح اكثرها قال صاحب الاصلاح والايضاح ذكر في الاسرار ان استيعاب المسح شرط
وفي الذخيرة ان محمدا ذكر استيعاب العصابة في المسح وفيه اختلاف المشايخ وفي التجنيس نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
اذا مسح على بعض العصابة او بعض الجبائر هل يجزئه ام لا لم يذكر هنا في ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد
انه ان مسح على الاكثر اجزأه وان مسح على النصف فما دونه لا يجزئه وبه يفتى انتهى وفي
العناية مثل هذا وذكر فيه ايضا ان الفرق بينه وبين مسح الرأس والمسح على الخفين حيث
لا يشترط فيهما الاكثر ان مسح الرأس ثبت بالكتاب والباء دخلت على المحل فاوجبت تبعيضه
والمسح على الخفين ان كان بالكتاب كان حكمه حكم المعطوف عليه وان كان بالسنة فهي اوجبت تبعيضه
واما المسح على الجبائر والعصابات فانما ثبت بحديث علي كرم الله وجهه وليس فيه ما ينبئ عن البعض
الا ان القليل سقط اعتباره دفعا للحرج فاقيم الاكثر مقامه انتهى يقول الفقير هنا التوقف في الذي
ذكره بقوله ان كان بالكتاب اه يقتضي رواية معتبرة بثبوت المسح على الخفين بالكتاب
وقد قال الفقهاء باجمعهم جاز بالسنة المشهورة ولم يعتبروا قول من زعم ان قراءة الجر في ارجلكم
يدل عليه لان ذكر الغاية يأباه ضرورة ان المسح غير مغيا فان سقطت عن برء بطل والا فلا
يعني اذا سقطت الجبيرة والعصابة لا عن برء لا يلزمه الغسل اصلا وان سقطت عن برء غسل ذلك
الموضع خاصة ذكره في الذخيرة وان سقطت في الصلاة استقبلها لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل واما اعادة المسح على الجبيرة بدلها فلا يجب الا انها احسن ذكره في مختارات
النوازل كذا في الاصلاح والايضاح ولو تركه من غير عذر جاز خلافا لهما ودليل
الطرفين ذكرناه انفا نقلا عن العناية وضع على شقاق رجله قال الجوهري الشق واحد الشقوق
وهو في الاصل مصدر يقال بيد فلان وبرجله شقوق ولا تقل شقاق انما الشقاق داء يكون
بالدواب وفي المغرب ما يقرب منه يقول الفقير فعلى هذا كان الاولى ان يقول على شقوق رجله بدل شقاق
دواء لا يصل الماء تحته يجزئه اجراء الماء على ظاهر الدواء قال صدر الشريعة واذا
كان في اعضائه شقاق فان عجز عن غسلها يلزمه امرار الماء عليها وان عجز عنه
يلزمه المسح ثم ان عجز عنه يغسل ما حولها ويتركها وان كان الشقاق في يده ويعجز
عن الوضوء استعان بالغير ليوضئه وان لم يستعن وتيمم جاز خلافا لهما واذا وضع الدواء
على شقاق الرجل امر الماء فوق الدواء فاذا امر الماء ثم سقط الدواء ان كان السقوط
عن برء غسل الموضع والا فلا ولا يفتقر الى نية في مسح الخف والرأس لا يفتقر
الى نية فيهما وقال الشافعي يفتقر اليها ووقع في الدرر ولا يشترط النية في مسح الجبيرة
والخرقة والعصابة ووقع في التسهيل عدم اشتراط النية في المسح كلها يقول الفقير
فعلى هذا يكون تخصيص مسح الخف والرأس بيانا لعدم اشتراط النية لبيان محل الخلاف تدبر

وتحته ولعل الاعتذار عنه عدم التفات صاحب القاموس الى قوله ولا تقل وسكوته عنه

باب الحيض

لما فرغ من الاحداث التي يكثر وقوعها ذكر ما هو اقل وقوعا منها اذ ما كثر وقوعه كان اهم
فاستحق التقديم ولقب الباب بالحيض دون النفاس والاستحاضة لكثرة وقوع الحيض
بالنسبة اليهما او لكون الحيض حالة معهودة في بنات ادم دون الاخيرين كذا في شروح الهداية
يقول الفقير فيه ان كون النفاس حالة معهودة في بنات آدم شيء وان سلم كونه كذلك والاستحاضة
ثم اعلم ان معرفة مسائل الحيض من اعظم الواجبات لان عظم منزلة العلم بالشيء بحسب منزلة ضرر
الجهل به وضرر الجهل بمسائل الحيض اشد من ضرر الجهل بغيرها وذلك لان المراة اذا لم تعلم
مسائل الحيض ربما تترك الصلاة والصوم في وقت الوجوب وياتي بهما في وقت وجوب الترك
وكلاهما امر حرام وضرره عظيم ولان ضرر هذا الجهل يختص ويتعدى بخلاف الجهل بغيرها سواه
اما المختص فما ذكرنا واما المتعدي فهو غشيان الرجل في حالة الحيض وذلك حرام بالنص والاجماع
بل هو كفر قال النبي صلى الله عليه وسلم من اتى امراة الحائض فقد كفر بما انزل على محمد مستحلا
وحكي ان هرون الرشيد تزوج امراة من بنات الاشراف وهما من الجهل العظيم ما لا يعد
ولا يحصى فلما زفت اليه ودخل معها في الفراش فهم بها دمت في تلك الحال فقالت
يا امير المؤمنين اتى امر الله فلا تستعجلوه فقال الخليفة والله ما سمعت منك خير من الدنيا وما فيها
هو في اللغة عبارة عن الدم الخارج ومنه يقال حاضت السمرة حيضا وهي شجرة يسيل منها
شيء كالدم ويقال امراة حائض وحائضة وفي الشريعة دم ينفضه من نفض المخيض اذا حركه
ليسقط ما عليه من غبار ونحوه كذا في المغرب رحم امراة بالغة اي امراة بنت تسع سنين فصاعدا
لا داء بها فالذي لا يكون من الرحم ليس بحيض وكذا الذي قبل سن البلوغ فاحترز
بقوله دم ينفضه رحم عن الاستحاضة لانه دم عرق وكذا الرعاف والدماء الخارجة
من الجراحات وعما تراه الحامل لانه لا يخرج من الرحم لان الله تعالى اجرى عادته ان المراة
اذا حبلت ينسد فم الرحم فلا يخرج منه شيء وقوله لا داء بها احترز به عما ينفضه الرحم لمرض كالولادة
ونحوها فان النفساء في حكم المريضة حتى اعتبرت تبرعاتها من الثلث لم يقل ولا اياسة
لانه مختلف فيه كما سيأتي وقال المحشي المعروف بيعقوب باشا في قوله لا داء بها اي بالرحم لان
مرض المراة السليمة الرحم لا يمنع كون ما تراه في عادتها حيضا كما لا يخفى ومن هنا
ظهر ان تعريفه بانه دم ينفضه رحم المراة السليمة عن داء وصغر كما وقع في الكافي وشروح الهداية
لا يصح الا بتقييد الداء بداء الرحم وهو خلاف الظاهر كما لا يخفى انتهى قال الفاضل قاضي زاده
ان اراد بقوله لان مرض المراة السليمة الرحم لا يمنع كون ما تراه في عادتها حيضا ان
شيئا من الامراض للمراة السليمة الرحم لا يمنع ذلك فممنوع كيف والولادة تمنع ذلك
مع ان الرحم سليمة هناك عن الداء كما سيعترف به نفسه في الحاشية الآتية وان اراد بذلك
ان بعض امراضها لا يمنع ذلك فمسلم لكن الامر كذلك في امراض الرحم نفسها ايضا
فان بعضها لا يمنع ذلك قطعا انتهى واقله ثلاثة ايام بلياليها يعني اقل مدة على
الغالب المعتاد كما ظهر المراد ووقع في الوقاية وغيره واقله ثلاثة ايام ولياليها
لكن في صاحب الاصلاح والايضاح عبارة الوقاية هنا الى قوله واقله ثلاثة ايام وثلاث ليال
ثم قال في شرحه هذا نص في ظاهر الرواية واما قولهم ولياليها فيمكن تطبيقه على ما روي عن الحسن
وهو انه ثلاثة ايام وما يتخللها من الليالي وهو ليلتان انتهى قال الفاضل قاضي زاده لا يذهب
عليك ان اقل الجمع ثلاثة على المذهب الصحيح المختار على ما عرف في موضعه فلا يصح
اطلاق لفظ الليالي على ما يتخلل ثلاثة ايام وهو ليلتان الا بتجوز بعيد لا قرينة عليه هنا
فعلى هذا كيف يصح تطبيق ما وقع في الوقاية وغيره من قولهم واقله ثلاثة ايام ولياليها على ثلاثة
وما يتخللها من الليلتين وما الحاجة الى تغيير عبارة الوقاية الى قوله واقله ثلاثة ايام وثلاث
مع كون مفاد كل من العبارتين معنى واحد مع ان في قولهم تحقق التبرك بلفظ الحديث
الشريف دون العبارة المغير اليها كما ترى فالفضيلة فيها دون المغير اليها

يقول الفقير

يقول الفقير مراد صاحب الاصلاح والايضاح ان يكون نصا في ظاهر الرواية بحيث لا يمكن تطبيقها
على ما روي عن الحسن بوجه من الوجوه وان كان بتجوز بعيد واما المغير اليها فلا يمكن تطبيقه
عليه اصلا لان قوله ثلاث ليال خاص في معناه لا يحتمل الزيادة والنقصان فلا يمكن حمله عليه
بوجه من الوجوه نعم ترك التبرك بلفظ الحديث الشريف لمثل هذه العلة غير مناسب تدبر
وعن ابي يوسف يومان واكثر الثالث رواه ابن سماعة عنه قلنا هذا نقص عن تقدير
الشرع وقال مالك ما يوجد ولو ساعة وقال الشافعي يوم وليلة ولنا ما رواه ابو امامة
الباهلي وعائشة وواثلة وانس وابن عمر رضي الله عنهم انه صلى الله عليه وسلم قال
اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو مروي عن عمر
وعلي وابن مسعود وابن عباس وعثمان ابن ابي العاص رضي الله عنهم والمروي عنهم كالمروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف قياسا بل سماعا واكثره عشرة
ايام وما نقص عن اقله او زاد على اكثره فهو استحاضة وقال الشافعي اكثره خمسة عشر
وهو مع ذلك يبح الاول لقوله صلى الله عليه وسلم في نقصان دين المراة تقعد احداهن
شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي والمراد به زمان الحيض والشطر هو النصف ولنا
ما روينا آنفا من قوله صلى الله عليه وسلم واكثره عشرة ايام وليس المراد بالشطر
حقيقة لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك
فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا بالعشرة بهذه الآثار فقد جعلنا ما يقارب
الشطر حيضا فيحصل التوفيق ومن المتاخرين من التزم بالشطر حقيقة وقال هو كذلك
فيما قلنا فان المراة اذا بلغت بخمس عشرة سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة ايام
ثم ماتت بعد ستين سنة كانت تاركة للصلاة شطر عمرها ثم ان الزائد على اكثره
والناقص عن اقله استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق الغير به ثم اعلم ان المراة
لها فرجان داخل وهو بمنزلة الدبر وخارج وهو بمنزلة الاليتين فاذا وضعت الكرسف
في الفرج الخارج فابتلت الجانب الداخل منه كان حدثا وحيضا ونفاسا وان لم ينفذ الى
الخارج لوجود الظهور وان وضعته في الفرج الداخل فابتل منه الجانب الداخل
ان كان فالباطن عن حرف الفرج او محاذيا له فهو حيض ونفاس وحدث وان كان متسفلا
فلا حتى ينفذ البلل الى الخارج لعدم الظهور وان سقط الكرسف فهو حدث و
حيض ونفاس لوجود الخروج كذا في الاصلاح والايضاح وما تراه من الالوان في مدته
سوى البياض الخالص فهو حيض والوان الحيض ستة السواد والحمرة والصفرة
والكدرة والخضرة والتربية اما السواد فلا اشكال في كونه حيضا لقوله صلى الله عليه وسلم
الحيض اسود عبيط محتدم العبيط الطري المحتدم بالحاء المهملة شديد الحمرة الى السواد
كانه نار تحتدم اي يلتهب والحمرة كذلك فهو اللون الاصلي للدم الا ان عند غلبة السوداء
يضرب الى السواد وعند غلبة الصفراء يرق فيضرب الى الصفرة ويتبين ذلك لمن
افتصد والصفرة كذلك حيض فانها من الوان الدم اذا رق وقيل هي كصفرة السن
او كصفرة القز واما الكدرة فلونها كلون الماء الكدر وهي حيض في قول ابي حنيفة ومحمد
سواء رأت في اول ايامها او في آخر ايامها وقال ابو يوسف ان رأت الكدرة في اول ايامها
لم يكن حيضا وان رأت في آخر ايامها يكون حيضا لان الكدرة من كل شيء تتبع صافيه
فاذا تقدمها دم امكن جعل الكدرة حيضا تبعا واما اذا لم يتقدمها دم فلو جعلناها
حيضا كانت مقصودة لا تبعا واما الخضرة فقد انكر بعض مشايخنا وجودها في
حتى قال ابو نصر بن سلام حين سئل كانها اكلت فصيلا على طريق الاستبعاد وذكر ابو علي الدقاق
الخضرة نوع من الكدرة والجواب فيه على الاختلاف الذي بينا واما التربية فهي ما يكون لونه
كلون التراب وهي نوع من الكدرة والحاصل ان كل ذلك من الحيض الا على الخلاف في الكدرة والخضرة
لقوله تعالى ويسألونك عن المحيض قل هو اذى فجميع هذه الالوان في حق الاذى سواء

ورُوي ان النساء كنّ يبعثن الكراسف الى عائشة رض لتنظر اليها فاذا نظرت اليها
تقول لهن لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد
شيء يخرج من اقبال القبل بعد انقطاع الدم على شبه الخيط الابيض وشبهت الرطوبة
الصافية فيه بعد الحيض بالجص يعني تخرج الخرقة التي تحتشي بها كالجص الابيض وما
قالته عائشة رض لا يمكن حمله الا على السماع منه صلى الله عليه وسلم فان قيل قوله عليه السلام
دم الحيض اسود عبيط محتدم يدل على ان هذه الاشياء ليست بحيض وهو اقوى من فعل
عائشة وقولها فلا يجوز تركه به اجيب بانه من باب تخصيص الشيء بالذكر ولا دلالة له على نفي ما
قال المولى الفاضل سعدي افندي في الحواشي السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فتامل في الجواب
وكذا الطهر المتخلل بين الدمين فيها اي في مدة الحيض اعلم انه اذا احاط الدم
طرفي مدة الحيض كان كالدم المتوالي في رواية محمد عن ابي ح ووجهه ان استيعاب الدم
مدة الحيض ليس بشرط فيعتبر اوله واخره والطهر المتخلل بينهما تبع لهما كالنصاب في باب
فان شرط وجوبها كمال النصاب في طرفي الحول والنقصان في خلاله لا يضر مثاله م
مبتدئة رات يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة كلها حيض لاحاطة الدم
بطرفي العشرة ولو رات يوما وتسعة طهرا ويوما دما لم يكن شيء منها حيضا وعن ابي يوسف
وهو رواية عن ابي ح وقيل هو اخر اقوال ابي ح ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل
بين الدمين وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد لا يصلح للفصل بين الحيضتين
لان اقل مدة الطهر الصحيح خمسة عشر يوما فلذلك لا يصلح ان يفصل بين الدمين
لان الفاسد لا يتعلق به احكام الصحيح شرعا فكان كالدم المتوالي مثاله مبتدئة
رات يوما دما واربعة عشر يوما طهرا ثم يوما دما فالعشرة من اول ما رات عنده حيض
يحكم ببلوغها به وكذلك اذا رات يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما قال صاحب الهداية
والاخذ بهذا القول ايسر يعني بقول ابي يوسف ايسر يعني للمفتي والمستفتي لان في قول محمد
تفاصيل يشق ضبطها وههنا صور وتفاصيل ذكرت في صدر الشريعة وايضا في
شروح الهداية تركناها حذرا من الاطناب الممل ان شئت معرفتها فراجع اليها
وهو اي الحيض يمنع الصلاة والصوم بالاجماع وتقضيه اي الصوم دونها اي دون الصلاة
قال صاحب النهاية واحكامه اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس واربعة
مختصة بالحيض دون النفاس اما الثمانية فترك الصلاة لا الى قضاء وترك الصوم الى قضاء
وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وحرمة قراءة القران وحرمة مس المصحف
وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند انقطاعه واما الاربعة المخصوصة فانقضاء
العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاقي السنة والبدعة فالاول والثاني
تتعلق به وذا الدم عندهما بالاحسان عند محمد والثالث من الاربعة المخصوصة
وهو الحكم ببلوغها يتعلق بنصاب الحيض كي يستند الى ابتدائه والاربع الباقية
تتعلق بانقضائه فهي وجوب الاغتسال مع الثلاثة من الاربعة المخصوصة ثم
قضاء الصوم دون الصلاة لما روي ان امراة قالت لعائشة ما بال احدينا تقضي صيام ايام
الحيض ولا تقضي الصلاة فقالت احرورية انت كنا على عهد رسول الله نقضي صيام
ايام الحيض ولا نقضي الصلاة فانكرت عليها السؤال لشهرة الحال ونسبتها الى حروراء
وهي قرية كان اهلها يسالون سؤال التعنت في الدين والمعنى فيه ان اشتراط الطهارة
عن الحيض والنفاس في حق الصوم ثبت نصا بخلاف القياس بدليل تحققه وشرعيته
من الجنب والمحدث حسب تحققه من الطاهر فلذلك اثر في الاداء دون القضاء واشتراط
الطهارة عنهما في حق الصلاة ثبت على وفق القياس فلذلك اثر في الاداء والقضاء
لان النص الذي هو معقول المعنى يتعدى من موضعه الى غير موضعه بخلاف النص الذي لا يعقل معناه فان حكمه يقتصر على
الموضع الذي ورد فيه ولانه في قضاء الصلاة حرجا لتكررها وعدمها ولا حرج في قضاء الصوم

وقال بعضهم

وقال بعضهم لما حاضت امنا حواء راجعت الى ابينا آدم عليهما السلام فقالت
كيف اصنع بالصلاة وقد ابتليت بالحيض فناجى آدم ونزل جبريل وقال ان ربك
يقرئك السلام ويقول اني عفوت عنها الصلاة ما دامت حائضا ثم انها بعد زمان حاضت ثانيا
في ايام الصيام فراجعت اليه وقالت ما اصنع بالصوم وقد ابتليت بالحيض فلم يراجع
آدم الى الله تعالى وقاس على الصلاة فقال انه فرض كالصلاة وقد عفيت فافطري الصوم
الصوم فلما لم يراجع اليه وحكم برايه عاتبه الله تعالى عليه وقال عفوت عنها الصلاة
اداء وقضاء ولكن حرمت عليها الصوم في ايام حيضها لكن فلتقضه اذا طهرت
ودخول المسجد لقوله صلى الله عليه وسلم فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب والطواف
لان الطواف في المسجد قيل واذا كان الطواف في المسجد يكون معلوما من قوله ودخول
المسجد فلم ذكره اجيب بانه صرح بذلك اما مبالغة في البيان بمعنى ان الطواف
لو لم يكن في المسجد لا يجوز ايضا او لان المسجد عارض لم يكن في زمان ابرهيم عليه السلام
واما للدفع توهم الجواز اذا حاضت بعد الدخول بالطهارة او توهم جوازه بناء على جواز
الوقوف بعرفة مع انه ركن اعظم منه وقربان ما تحت الازار عند ابي ح كالمباشرة
والتفخيذ لان وطئها حرام والاستمتاع بما يدانيه ربما يوقع فيه فيحرم ولا يمنع
من قربان ما فوق الازار لقول ابن عمر رضي الله عنهما سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم
عما يحل للرجل من امراته الحائض قال لها ما فوق الازار وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرني فاتزر فيباشرني وانا حائض
وعند محمد قربان الفرج فقط لقوله عليه السلام يصنع الرجل بامراته كل شيء الا الجماع
ويكفر مستحل وطئها لان حرمته ثبتت بالكتاب والاجماع وان انقطع لتمام
العشرة حل وطؤها قبل الغسل لانها تمام مدة الحيض وبالانقطاع عليها يعرف
الطهر قطعا فلا يحتمل عود الدم بعده وان انقطع لاقل لا يحل حتى تغتسل او
يمضي عليها ادنى وقت صلاة كاملة اي ان انقطع الحيض لاقل من عشرة
ايام وكان عند تمام عادتها وكذا النفاس لاقل من اربعين لا يحل وطؤها
حتى تغتسل او يمضي عليها ادنى وقت صلاة يسع الغسل والتحريمة فحينئذ يحل وطؤها
وان لم تغتسل لان الصلاة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما لان الدم
يدر اي يسيل تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال لترجح جانب الانقطاع
بوجوده ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال فيحل وطؤها لصيرورتها
من الطاهرات حقيقة ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلاة بقدر
ان تقدر على الاغتسال والتحريمة يحل وطؤها لان الصلاة صارت دينا
في ذمتها فصارت من الطاهرات حكما لان الشرع اذا حكم عليها
بوجوب الصلاة ولا تصح حال كونها حائضا دل على انه حكم بطهارتها
وان كان لدون عادتها لا يحل وان اغتسلت لان العود غالب عادة
فكان الاحتياط في الاجتناب قال صاحب الدرر وان كان الانقطاع
فيما دون العادة يجب ان يؤخر الغسل الى وقت الصلاة فان خافت الفوت
اغتسلت وصلت وان كان على راس عادتها او اكثر او
كانت مبتدئة فيؤخر الاغتسال استحبابا وان انقطع لاقل من
ثلاثة على اخرت الصلاة الى اخر الوقت فان خافت الفوت توضأت
وصلت والمراد اخر الوقت المستحب لا وقت الكراهة ثم في الصورة
المذكورة اذا عاد الدم في العشرة بطل الحكم بطهارتها مبتدئة
كانت او معتادة واذا انقطع لعشرة او اكثر فبمضي العشرة
يحكم بطهارتها ويجب عليها الاغتسال ٥

واقل الطهر خمسة عشر يوماً اقل الطهر الذي يكون بين الحيضين خمسة عشر يوماً
هكذا روي عن ابرهيم النخعي والظاهر انه مسموع عن النبي صلى الله عليه وسلم
لانه مقدار والمقادير في الشرع لا تعرف الا سماعاً وذكر في المحيط ان الله تعالى اقام
الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض وما اضيف الى شيئين يقسم
عليهما نصفين فينبغي ان يكون نصف الشهر حيضاً ونصفه طهراً الا انه قام الدليل على
نقصان الحيض عن النصف فبقي الطهر على ظاهر القسمة وهذا الاستدلال منقول
عن الشيخ ابي منصور الماتريدي رحمه الله قال صاحب العناية وفيه نظر لان المقادير
لا تعرف الا توقيفاً قال الفاضل قاضي زاده قلت نظره ساقط لان كون معرفة
المقادير توقيفية لا ينافي صحة الاستدلال المذكور فالنص الوارد في اقامة الشهر
مقام الطهر والحيض في حق الآيسة والصغيرة وان لم يدل بعبارته على كون نصف
الشهر طهراً الا انه يدل عليه باشارته او باقتضائه لا محالة فكان معرفة مستفادة
من كلام الشارع لا بالرأي فدخلت تحت القاعدة القائلة ان المقادير لا تعرف الا (حاصله ٣)
توقيفاً على السماع من قبل الشارع انتهى وذكر في المبسوط ان مدة الطهر
نظير مدة الاقامة من حيث انها تعيد ما كان سقط من الصوم والصلاة وقد ثبت
بالاخبار ان اقل مدة الاقامة خمسة عشر يوماً فكذلك اقل الطهر ولهذا قدرنا
اقل مدة الحيض ثلاثة ايام باعتبار اقل مدة السفر فان كل واحد منهما يؤثر في الصوم
والصلاة يقول الفقير والنظر المذكور وارد عليه ايضاً لكن قال صاحب العناية
لكن ما ذكر في المبسوط يمكن ان يقال فيه يحمل الاخبار الواردة في مدة الاقامة وما
فيها التساوي بهما بينا ذكرنا فكان من باب الدلالة وفيه بعد انتهى ثم انه لا اختلاف بيننا
وبين الشافعي في كون اقل الطهر خمسة عشر لكن قال عطاء اقله تسعة عشر يوماً
لانه يشتمل الشهر على الحيض والطهر عادة وقد يكون الشهر تسعة وعشرين يوماً
فاذا كان اكثر الحيض عشرة بقي للطهر تسعة عشر يوماً يقول الفقير نظر صاحب العناية
امن ورد حكماً على ما قال عطاء نشير ولا حد لاكثره اي لاكثر الطهر
ومعناه انها ما دامت ترى الطهر تصلي وتصوم وان استغرق عمرها على انه قد يمتد
الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا عند نصب العادة في زمن الاستمرار
يعني اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة فانه يكون لاكثره حد
لكن اختلفوا في تقديره والاصح انه مقدر بستة اشهر الا ساعة لان
العادة نقصان طهر غير الحامل عن طهر الحامل واقل مدة الحمل ستة اشهر فانقصت (ساعة)
عن هذا بشيء وهو الساعة وصورتها مبتدأة رأت عشرة دماً وستة اشهر طهراً
ثم استمر الدم تنقضي عدتها بتسعة عشر شهراً الا ثلاث ساعات لانا نحتاج الى
ثلاث حيض كل حيض عشرة ايام والى ثلاثة اطهار كل طهر ستة اشهر الا ساعة
فيكون المجموع تسعة عشر شهراً الا ثلاث ساعات تدبر وقال الحاكم الشهيد
طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد لان العادة مأخوذة من المعاودة
والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة اذ الغالب ان النساء يحضن في كل شهر
مرة فاذا طهرت شهرين فقد طهرت في ايام عادتها والعادة تنتقل بمرتين
فصار ذلك الطهر عادة لها من جانب القلة به قيل والفتوى على قول الحاكم
لانه ايسر على المفتي والنساء كذا في العناية وان زاد الدم على العادة فان جاوز (واذا كان)
العشرة فالزائد كله استحاضة والا فحيض يعني اذا كانت لها عادة
في الحيض وهي مثلاً سبعة فرأت الدم الى سبعة وجاوزها فان انقطع على
العشرة فالعشرة كلها حيض وان لم ينقطع بل امتد الى اثني عشر يوماً
مثلاً يكون السبعة منها حيضاً والخمسة التي بعد السبعة استحاضة

واستدلوا

واستدلوا على كون ما زاد استحاضة بقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع
الصلوة ايام اقرائها ووجه الاستدلال ان من زاد دمها على عشرة فهي مستحاضة
والمستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها وايام اقرائها عادتها المعروفة فما زاد عليها
لا تدعها فيه والا لم يبق للاضافة فائدة وبان الزائد على العادة يجانس الزائد
على العشرة من حيث الندرة وكونها زائدة على العادة المعروفة وكل ما يجانس الزائد
على العشرة يلحق به فالزائد على العادة يلحق بالزائد على العشرة وعورض بان الزائد
على العادة يمكن ان يكون حيضاً كما اذا لم يجاوز العشرة بخلاف الزائد على العشرة
فانى يتجانسان وبعبارة اخرى هو ان ما زاد على العادة يجانس العادة في كونها
في مدة الحيض فتعارض التجانس والجواب انه لو اعتبر في تجانس الحيض او عدمه
كانا متماثلين ولم يمنع ذلك وان التجانس بين الزائدين من وجهين كما ذكرنا
وبين الزائد والعادة من وجه واحد كما ذكرتم فكان ما ذكرناه راجحاً واما ان كل ما يجانس
الزائد على العشرة يلحق به فلان الجنسية علة الضم وان كانت مبتدئة وزاد
على العشرة فالعشرة حيض والزائد استحاضة لان الزائد على الحيض المقدر
شرعاً لا يكون حيضاً والمبتدئة التي بلغت مستحاضة حيضها من كل شهر عشرة ايام
وما زاد عليها استحاضة فيكون طهرها عشرين يوماً والنفاس دم يعقب الولد (مطلب النفاس)
لما كان الحيض اكثر وقوعاً قدمه ثم اعقبه بالاستحاضة لانه اكثر وقوعاً من النفاس
باعتبار كثرة اسبابها فانها تكون استحاضة بما رأت الدم حال الحبل او زاد الدم على العشرة
او زاد على العادة وجاوز العشرة او رأت ما دون الثلاث او رأت قبل تمام الطهر
او رأت قبل ان تبلغ تسع سنين على ما عليه العامة بخلاف النفاس فان سببه شيء واحد
والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس
في القاموس والنفاس بالكسر ولادة المرأة فاذا وضعت فهي نفساء جمعه نفاس
ونفس بضم الفاء ونفس بسكونها كجياد وحان وكتب وكتب ونفاس ونفساوات
وليس فعلاء يجمع على فعال غير نفساء وعشراء والولد منفوس انتهى فيكون
لفظ النفاس مصدراً تارة وجمعاً لنفساء تارة ومعلوم ان النفاس في عرف اهل الشرع يستعمل (مصدراً)
تارة اسماً بمعنى دم يعقب الولد قال المطرزي في المغرب والنفاس بكسر النون
ولادة المرأة مصدر سمي به الدم كالحيض واما اشتقاقه من تنفس الرحم او خروج
النفس بمعنى الولد فليس بذاك انتهى لكن قال صاحب الهداية والنفاس هو
الدم الخارج عقيب الولادة لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس
بمعنى الولد او بمعنى الدم وقال صاحب العناية فيه تسامح لانه تعليل في موضع التعريف
ويتبادر به انه جعله من باب التسمية كانه قيل سمي الدم الخارج عقيب الولادة بالنفاس
لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بسكون الفاء بمعنى الولد او
بمعنى الدم من قولهم له نفس سائلة اي دم سائل وذكر في المجتبى انه مشتق من تنفس الرحم
او النفس او الولادة على ما قال الشاعر اذا نفس المولود من آل خالد بدا كرم للناظرين قريب
وقد وجه ذلك كله انتهى وحكمه حكم الحيض في منع الصلاة والصوم
وقضائه دونها ودخول المسجد والطواف وقراءة القرآن وغيرها ولا حد لاقله
في المحيط وليس لقلته غاية على ظاهر رواية اصحابنا وعن ابي يوسف انه قال اقل مدة
النفاس مقدر باحد عشر يوماً وعن ابي حنيفة انه مقدر بخمسة وعشرين يوماً وقال شيخ الاسلام
في المبسوط اتفق اصحابنا انما الخلاف بيننا اذا احتيج الى اعتبار اقل النفاس في
انقضاء العدة بان قال لها اذا ولدت فانت طالق فقالت انقضت عدتي
اي فعند ابي يوسف يعتبر لاقل النفاس مع ثلاث حيض فعند ابي حنيفة رحمه الله يعتبر اقله بخمسة
وعشرين يوماً وعند ابي يوسف باحد عشر يوماً وعند محمد بساعة

فانها كانت على ان اقل النفاس ما يوجد اذا رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها فانها تصوم وتصلي وكان هذا مما لا خلاف فيه بين اصحابنا ٣

وهذا كما ترى يقتضي وجود الدم فان ولدت ولم تر دما فهي نفساء
في رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ثم رجع ابو يوسف
وقال هي طاهرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الغسل واما الوضوء فواجب اجماعا
واكثر المشايخ اخذوا بقول ابي ح وبعضهم اخذوا بقول ابي يوسف
وهو القياس لان النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة فاذا لم
يكن لها نفاس كيف تكون نفساء وقول ابي ح احوط واما لم يقدر ما
اقله بحد لان تقدم الولد على الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما
بخلاف الحيض فانه اشترط فيه امتداد الدم ثلاثة ايام ليعلم ان ذلك الدم
من الرحم اولا اذ لا دليل على كونه من الرحم وفي النفاس علم ذلك بانفتاح فم
الرحم بخروج الولد كذا لك من العناية واكثره اربعون يوما
وهو مروي عن ابي عمر وعائشة وام سلمة وام حبيبة وابي هريرة رضي الله عنهم
ومثله لا يعرف الا سماعا فوقع الموقع للمعقول لانهم اجمعوا على ان اكثر
مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض وقد ثبت في باب الحيض ان
اكثر مدة الحيض عشرة ايام بلياليها فكان اكثر مدة النفاس اربعين يوما
وانما كان اكثر مدة النفاس اربعة امثال اكثر مدة الحيض لان الروح لا يدخل
في الولد قبل اربعة اشهر فيجتمع الدماء اربعة اشهر واذا دخل الروح صار
الدم غذاء للولد فاذا خرج الولد خرج ما كان محتبسا من الدم اربعة اشهر
في كل شهر عشرة ايام كذا في العناية يقول الفقير وفيه بحث ظ
بناء على انه لا حد لاقله بدليل وقال الشافعي اكثره ستون يوما
وما تراه الحامل حال الحمل وعند الوضع قبل خروج اكثر الولد استحاضة
وان كان بالغا نصاب الحيض وقال الشافعي هو حيض اعتبارا بالنفاس
يعني اذا ولدت ولدين في بطن واحد ورأت الدم قبل خروج الولد الثاني فانها
حامل في حق الولد الثاني وذلك نفاس عند ابي ح وابي يوسف والجامع
كونهما جميعا من الرحم ولنا ان الحيض دم الرحم ودم الرحم لا يوجد في الحامل
لان بالحبل ينسد فم الرحم لان الله تعالى اجرى عادته على ذلك لئلا ينزل ما فيه
لكون الثقبة من اسفل واعتباره بالنفاس فاسد لانه انما يكون بعد
انفتاح بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي
عن ابي حنيفة وابي يوسف لان فم الرحم ينفتح فيتنفس بالدم لكن
هذا اذا خرج اكثر الولد واما اذا خرج اقله فلا تصير نفساء وان خرج
الدم لان النفاس دم يعقب الولد ولم يوجد لا حقيقة وهو ظ ولا حكما
لانه ليس للاقل حكم الكل روى خلف بن ايوب عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة رح ان الدم الذي تراه بعد خروج اكثر الولد نفاس
وروى المعلى عن ابي يوسف انه اذا خرج بعض الولد صارت به نفساء
وروى هشام عن محمد بعد خروج الراس ونصف البدن او الرجلين
واكثر من نصف الولد عنه انها لا تصير نفساء حتى يخرج جميع الولد
وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان ابا يوسف مع ابي حنيفة رح
في خروج اكثر الولد وهو صحيح على ما روى خلف بن ايوب
واما محمد فلم يذكر مع ابي ح لكنهم قالوا انه مذهب محمد
ان النفاس انما يثبت بوضع الحمل فان لم يوجد وضع الحمل
كله لا يثبت النفاس كذا في العناية هو

وان زاد على الكثرة

وان زاد على الاكثر ولها عادة فالزائد عليها استحاضة والا فالزائد على
الاكثر فقط استحاضة معلوم مما ذكر في الحيض فلا يحتاج الى شرح ثانيا
والعادة تثبت وتنتقل بمرة في الحيض والنفاس عند ابي يوسف وبه يفتى
وعندهما لا بد من المعاودة اعلم ان الانتقال على ضربين انتقال عددا وانتقال
مكانا اما انتقال العدد فان ترى زيادة على موضعها والمكان بحاله وانتقال المكان ان ترى
في غير موضعها المعروف ثم الانتقال لا يكون الا بمرتين في قول ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف
يكون بمرة وعليه الفتوى وبيان هذا الاصل في مسائل منها ان المرأة اذا رأت
عادتها في الحيض خمسة ايام من اول كل شهر وطهرها خمس وعشرون
فرأت مرة على زيادة موضعها الا انها لم تجاوز العشرة فانه يكون جميع ما رأت حيضا
بالاتفاق فان عند ابي ح ومحمد لا يكون عادة وعند ابي يوسف يكون عادة
وانما تظهر ثمرة الخلاف بينهم في الشهر الثالث فاذا استمر بها الدم فانها ترد
الى عادتها القديمة عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف ترد الى اخر ما رأت
واجمعوا انها اذا رأت ذلك مرتين ثم استمر بها الدم في الشهر الثالث
فانها ترد الى ما رأت هي عليه الدم مرتين كذا في الخلاصة ونفاس التوأمين
من الاول خلافا لمحمد وهو قول زفر قال صاحب الهداية وان ولدت
ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي ح وابي يوسف
وان كان بين الولدين اربعون يوما انتهى قال صاحب العناية قوله وان كان
احتراز عما قال بعض المشايخ انه ان كان بين الولدين اربعون يوما
يكون النفاس من الولد الثاني عند ابي ح وابي يوسف رحمهما الله تعالى
وليس بصحيح انما الصحيح ما اختاره المص لان اكثر مدة النفاس اربعون
يوما وقد مضت فلا يجب النفاس بعدها انتهى والتوأمان ولدان
من بطن واحد يكون بين ولادتهما اقل من اقل مدة الحمل وهو ستة اشهر
وقال المطرزي في المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر
في بطن واحد ويقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما
توأم خطأ وفي المبسوط ذكر التوأم صحيح عند اهل اللغة منهم من قال
التوأم افصح كما يقال هما زوج ومنهم من قال التوأمان افصح كما يقال هما كفوان
واخوان وقال صاحب القاموس التوأم من جميع الحيوان المولود مع غيره
في بطن من الاثنين فصاعدا ذكرا او انثى او ذكرا او انثى ويقال توأم للذكر
وتوأمة للانثى فاذا جمعهما فهما توأمان وتوام وانقضاء العدة من الاخير اجماعا
لان انقضاء العدة بوضع الحمل مضافا اليها لقوله تعالى حتى يضعن حملهن
فيتناول الجميع لانها حامل بعد الاول بعد والسقط مثلثة الولد لغير تمام كذا في
القاموس ان ظهر بعض خلقه كالشعر والظفر واليد والرجل والاصبع
فهو ولد تصير المرأة به نفساء والامة ام ولد ويقع به الطلاق المعلق بالولادة
يعني اذا قال ان ولدت فانت طالق يقع بخروج سقط ظهر بعض خلقه وتنقضي به العدة
قال صدر الشريعة يعني اذا طلقها زوجها تنقضي عدتها بخروج
هذا السقط قال الفاضل قاضي زاده الاولى ان يقول
اي اذا طلقها زوجها او مات عنها زوجها تنقضي عدتها لانه ذكره الشارح
يوهم اختصاص انقضاء العدة بالطلقة وليس كذلك يقول الفقير الاولوية مسلمة والايهام ممنوع
لكن مراده ان يقول مثلا والمتروي شرعه مشحونة بمثله اعتمادا على فهم المتعلم ودم الاستحاضة كالرعاف
من قبيل الحدث الطاهر والجامع انها ليس من الرحم فلا يمنعها انها لا يمنع صلوة ولا صوما ولا وطئا

الدائم

فصل المستحاضة

ومن به سلس بول او به استطلاق بطن او انفلات ريح او رعاف دائم او جرح
لا يرقأ يتوضئون لوقت كل صلاة من به سلس البول هو من لا يقدر على امساكه
يقال به سلس اي سهل ورجل سلس اي لين وهو سلس البول اذا لا يستمسكه
قال صاحب القاموس السلس ككتف السهل اللين وهو سلس البول اذا لا يستمسكه وكذا
استطلاق بطن وانفلات ريح عدم القدرة على امساكهما والرعاف الدم الخارج من الانف
والجرح الذي لا يرقأ اي لا يسكن دمه من رقأ الدم سكن فحكمهم ان يتوضئوا لوقت كل صلاة
ويصلون في الوقت ما شاؤا من فرض ونفل وهذا ليس بمخصوص فيهما بل يصلون
النذور والواجبات ايضا ما دام الوقت باقيا وقال الشافعي يتوضئون لكل صلاة
مكتوبة فيصلون به فرضا واحدا وما يتبعه من النوافل لقوله صلى الله عليه وسلم المستحاضة
تتوضأ لكل صلاة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ
الا ان النافلة تبع للفرائض فلا تفرد بحكم على حدة فان قيل قوله عليه السلام لكل صلوة اعم
من كونها مكتوبة او غيرها فالتقييد بالمكتوبة تحكم اجيب بان قوله لكل صلوة مطلق
والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو المكتوبة فينصرف اليها ولنا قوله عليه السلام
المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بما رواه الشافعي لان نصه محتمل
للتاويل وما رويناه مفسر لا يحتمله فيترجح عليه على ما عرف في اصول الفقه على ان اصحابنا
اتفقوا على ضعف حديثه حكاه النووي في المهذب كذا في العناية وقال بعض الناس
المستحاضة لا تتوضأ لان ما ليس بناقض الوضوء بيقين لا فائدة في الاشتغال به وقال بعض
انها تغتسل لكل صلاة وكان ابراهيم النخعي يقول تغتسل في آخر وقت الظهر فتصلي الظهر في
آخر الوقت والعصر في اول الوقت بغسل واحد ثم تغتسل في آخر وقت المغرب
فتصلي المغرب في آخر الوقت والعشاء في اول الوقت وكذلك في العشاء مع الفجر كذا في النهاية
يقول الفقير في قوله وكذا العشاء مع الفجر بحث والاظهر وكذا الوتر مع الفجر تدبر
قال صاحب الكافي وقال مالك المعذور يتوضأ لكل نفل ايضا انتهى يقول الفقير
بينه وبين ما ذكره صاحب النهاية من مذهبه تناقض اللهم الا ان يحمل على اختلاف
الروايتين عنه تدبر قال صاحب البداية قال الاوزاعي لا تتوضأ للظهر حتى يدخل وقت
العصر ثم تتوضأ فتصلي الظهر والعصر معا انتهى ويبطل الوضوء بخروجه اي بخروج الوقت
فقط وقال زفر بدخوله فقط وقال ابو يوسف يبطل بايهما كان والخلاف في
اشار بقوله فالمتوضئ وقت الفجر لا يصلي به بعد الطلوع عند علمائنا الثلاثة
لانه ينتقض بخروج وقت الصلاة وهو مبطل عندهم الا عند زفر لعدم دخول الوقت
وهو المبطل عنده ولا ابن جعفر فيه يبطل فيها الوضوء عند ابي حنيفة ومحمد
والمتوضئ بعد الطلوع اي بعد طلوع الشمس يصلي به الظهر عند ابي حنيفة ومحمد لعدم وجود
خروج الوقت خلافا لزفر ولابي يوسف لوجود دخول الوقت وهو مبطل عندهما
ولا يوجد صورة يبطل فيها الوضوء عند ابي حنيفة ومحمد لا عند ابي يوسف لان المبطل عنده
كلاهما كما عرفت والمعذور من لا يمضي عليه وقت صلوة الا والعذر الذي
ابتلي به يوجد فيه قال الامام التمرتاشي والمرغيناني والامام حميد الدين الضرير وغيرهم
ان هذا تفسير المعذور في حالة البقاء واما في حالة الابتداء فالشرط ان يكون
الحدث الذي ابتلي به مستغرقا في جميع الوقت حتى لو استغرق في كل الوقت يكون
معذورا فاذا استغرقه لا يحتاج الى الاستغراق بعد ذلك بل اذا وجد في
الوقت كان ثم لا يسقط حكم المعذور حتى ينقطع في الوقت كله كذا
في العناية والنهاية ولصاحب العناية هنا اشكال ان اردت تفصيله فلتطلب ثمه

باب الانجاس

باب الانجاس

لما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها اذ الطهارة عنها شرط جواز الصلاة
لكون النجاسة الحكمية اقوى لكون قليلها يمنع جواز الصلاة بالاتفاق ولا يعفى في الباب
بالقليل بخلاف الحقيقية فان القليل الذي لا يستطاع الاحتراز عنه معفو عنه
وعندنا قدر الدرهم وما دونه من الغليظة وما دون ربع الثوب في الخفيفة معفو
فلهذا قدم بيان النجاسة الحكمية يطهر بدن المصلي وثوبه ومكانه وتطهيرها كلها
منها فرض اما الثوب فلقوله تعالى وثيابك فطهر امر بتطهير الثياب مطلقا
وهو للوجوب فان قيل قيل [illegible] المفسرون فقصر فلا يكون دليلا على ازالة النجاسة
اجيب بان ذلك مجاز والاصل هو الحقيقة على ان تقصير الثوب يستلزم التطهير
فيكون امرا بتطهير الثوب اقتضاء واذا كان تطهير الثوب واجبا في غير حالة
المناجاة كان تطهير المكان والبدن كذلك لمساواة الاول المنصوص
واولوية الثاني كذا في العناية قال صاحب النهاية ثم لما وجب عليه شرعا تطهير الثوب
مع تصور انفصاله عن المصلي فلان يجب تطهير البدن والمكان بالطريق الاولى
لان انفصاله عنهما غير متصور انتهى يقول الفقير فعلى هذا يكون في قول صاحب العناية
لمساواة الاول للمنصوص كلام تدبر ثم المعتبر في طهارة المكان تحت قدم المصلي
حتى لو افتتح الصلاة وتحت قدمه اكثر من قدر الدرهم من النجاسة فصلاته فاسدة
لانه لا يعتد بقيامه وذلك يكون بالقدم واما اذا كان في موضع السجود ففي رواية محمد
عن ابي حنيفة انه لا يجوز ايضا لان السجود ركن كالقيام وفي رواية ابي يوسف
عنه انه يجوز كذا في النهاية تقدم على الانضاح من النجس الحقيقي بالماء وبكل مايع
طاهر مزيل كالخل وماء الورد قوله طاهر احتراز عن نحو ما يعمل لحم فان
الاصح ان التطهير لا يحصل به وقيل يحصل حتى لو غسل الدم بذلك نخصنا فيه ما لم ينجس
قال شمس الائمة السرخسي الاصح ان التطهير بالنجس لا يكون لتضاد بين الوصفين
وكذا الحكم في الماء المستعمل وقوله مزيل احتراز عن الدهن وما اشبه ذلك لان الازالة
انما تكون بان يخرج اجزاء النجاسة مع المزيل شيئا فشيئا وذلك لا يتحقق بالدهن
فان فيه دسومة لا ينعصر عن الثوب ويبقى بنفسه فيه فلا يزيل عنه وعن هذا قالوا
لا الدهن وعند محمد لا يطهر الا بالماء وهو مذهب الشافعي وزفر قالوا
المطهر يتنجس باول الملاقاة لاختلاطه بالنجاسة والنجس لا يفيد الطهارة
الا ان هذا القياس ترك في الماء ضرورة ولهما ان المايع قالع والطهورية
بعلة القلع والازالة وحاصله الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول
والماء مطهر بعلة القلع والازالة وهذه العلة موجودة في الخل واشباهه فيكون
مطهرة كالماء لا يقال التعليل بالعلة لا يجوز لان النص يقتضي الغسل بالماء
حيث قال عليه السلام لاسماء بنت ابي بكر رض حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب
حتيه واقرصيه ثم اغسليه بالماء لانا نقول الغسل بالماء اما ان يكون
لعينه او لغيره والاول ممنوع لان المصلي اذا قطع موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب
جازت صلاته بلا خلاف والثاني مسلم فانه واجب للتطهير وهو حاصل
باستعمال غيره فيكون معلولا فاي شيء يوجد فيه تلك العلة يجوز به التطهير
وابو حنيفة وابو يوسف في احدى الروايتين لم يفرقا بين الثوب والبدن
وفي رواية عن ابي يوسف انه فرق وقال لا يجوز في البدن الا الماء لان غسل البدن
طريقه العبادة فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب طريقه ازالة النجاسة
فلم يختص بالماء وهو ضعيف لان الكلام فيما اذا كان عين النجاسة قائمة
بالبدن ولا فرق بين ازالتها منه وازالتها من الثوب

ويطهر الخف ان تنجس بنجس له جرم بالدلك المبالغ ان جف النجاسة
واذا اصابت الخف فاما ان يكون لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني
او لا كالخمر والبول ونحوهما فان كان الاول اما ان حصل له جفاف او لا
فان حصل له جفاف فيدلكه بالارض يطهر في حق جواز الصلاة استحسانا
واما اذا كان اصابه الماء بعد ذلك هل يعود نجسا كما كان ففيه روايتان لان النبي
صلى الله عليه وسلم قال فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور
ولان الجلد لصلابته لا يتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا قال الفقير لم يقع قيد المبالغة في اكثر
الكتب هنا لكنه وقع في صدر الشريعة والدرر في بيان قول ابي يوسف والقياس
تقتضي ان يكون في قول ابي يوسف كان يقول والخف يطهر بالدلك ان لم يجف
عند ابي ح وابي يوسف سواء وجد فيه المبالغة او لا ان جف خلافا لمحمد وكذا
يطهر بالدلك ان لم يجف عند ابي يوسف ان بولغ فيه والمص قيده فكان مخالفا للكتب تتبع
خلافا لمحمد فان عنده لا يطهر بالدلك اصلا وهو القياس اعتبارا بالثوب
والبساط بجامع ان النجاسة تداخلت في الخف تداخلها فيهما
وكذا ان لم يجف عند ابي يوسف وبه يفتى يعني اذا دلكه بالارض
حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر عند ابي يوسف لعموم البلوى ولاطلاق قوله عليه السلام
فليمسحهما بالارض وعليه اكثر مشايخنا وعند ابي ح ومحمد لا يطهر حتى يغسله لانه
بالارض يكثره ولا يطهره قال شمس الائمة وقول ابي يوسف صحيح وعليه الفتوى للضرورة
وان تنجس بمايع كالبول والخمر ونحوهما شرع في بيان ما اصابته النجاسة التي ليس لها جرم
فلا يتعين الغسل لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها فان قيل الحديث
كما لم يفصل بين الرطب واليابس لم يفرق بين ما له جرم وبين ما ليس له جرم فكان
الواجب ان يستويا في الحكم اجيب بانه فرق بينهما والحديث الى لا جرم لها بالتعليل
وهو قوله صلى الله عليه وسلم فان الارض لهما طهور اي مزيل نجاستهما ونحن نعلم
ان الخف اذا تشرب البول والخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه من اجزاء الجلد فكان
الاطلاق مصروفا الى النعل الذي يقبل الازالة بالمسح وهو ما له جرم
والمني نجس ويطهر ان يبس بالفرك والا يغسل والقياس ان لا يطهر بالفرك لانه
الا انه نضح ثخين فهو كسائر الانواع الدم لا يطهر الا بالغسل وجه الاستحسان
قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رض فاغسليه ان رطبا وافركيه ان كان يابسا
وهو حجة على الشافعي في جعل المني طاهرا كما يستدل بحديث ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال المني كالمخاط فامطه عنك ولو باذخرة ولانه اصل خلقة الادمي فكان طاهرا
كالتراب بل استحالة ان يقال الانبياء عليهم الصلاة والسلام خلقوا من شيء نجس
والحجة عليه ما رويناه وما روي انه صلى الله عليه وسلم مر بعمار بن ياسر وهو يغسل
من النخامة فقال عليه السلام ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك الا سواء
وانما يغسل الثوب من خمس من البول والغائط والدم والمني والقيء وفي رواية الخمر
كالقيء استدل الشافعي على طهارته بحديث ونحن على نجاسته بحديث فتعارضا
قولنا والحجة عليه ما رويناه فالجواب ان وجه الاستدلال بحديثه لا يدل عليه لان
قوله كالمخاط لا يقتضي ان يكون طاهرا لجواز ان يكون التشبيه في اللزوجة وقلة التداخل
والامر بالاماطة مع كونه للوجوب يستدل على ان يكون نجسا لان ازالة ما ليس بنجس
ليست بواجبة على انه موقوف عليه فلا يصح الاحتجاج به وعن الفضلي ان
مني المرأة لا يطهر بالفرك لانه رقيق قال في الهداية ولو اصاب البدن قال مشايخنا
يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد من البلية في الثوب فلما طهر
الثوب بالفرك فلان يطهر البدن اولى وعليه المجمع

ومن المني

ومن المني انه لا يطهر به لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن عصره
فاحتيج الى الماء لازالته بخلاف الثوب قال الفقيه ابو اسحق الحافظ المني اليابس انما يطهر
بالفرك اذا كان راس الذكر طاهرا وقت خروجه بان كان بال واستنجى واما اذا لم يكن طاهرا
لا يطهر فان قيل ما الفائدة في طهارة راس الذكر ومجرى المني مجرى البول متنجس
بملاقاة البول لا محالة قلنا كانهم لم يعتبروا النجاسة الباطنية كما روي عن ابي ح
انه ان ماتت شاة فخرج من ضرعها لبن يحل اكله وشربه ولا يتنجس بنجاسة الوعاء كذا في الخلاصة
وكذلك انما يطهر المصاب بالفرك اذا خرج المني قبل خروج المذي واما اذا خرج
المذي بان كان انسان حليل ثم خرج المني لا يطهر الثوب بالفرك ثم اذا فرك المني اليابس
عن الثوب حكم بطهارة الثوب ثم اصاب الماء ذلك الثوب هل يعود نجسا فهو على
الروايتين في الحج كذا في النهاية نقلا عن المحيط ويطهر السيف ونحوه كالمرآة
والسكين ونحوها في الصلابة والصقالة بالمسح مطلقا اي سواء كان رطبا
او يابسا وسواء كان له عذرة او بولا لانه لا يتداخله النجاسة فلا يحتاج الى الاخراج الا الذي
وما على ظاهره يزول بالمسح وفي المحيط السيف او السكين اذا اصابه بول او دم ذكر
في الاصل انه لا يطهر الا بالغسل وان اصابته عذرة ان كانت رطبة فكذلك الجواب وان
كانت يابسة طهرت بالحت وهو الحك يقال حته اي حكه عند ابي ح وابي يوسف
وعند محمد لا يطهر الا بالغسل والكرخي ذكر في مختصره ان السيف يطهر بالمسح
من غير فصل بين الرطب واليابس وبين العذرة والبول والدم كانه اختاره ولم يعلم الخلاف
وهو المختار للفتوى لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم
ثم يمسحونها ويصلون بها وفي الفتاوى سئل ابو القاسم عمن ذبح الشاة بالسكين
ثم مسح السكين على صوفها او بما يذهب به اثر الدم فقال يطهر كذا في العناية
ويطهر الارض بالجفاف وذهاب الاثر وهو اللون والرائحة للصلاة لا للتيمم اي
جاز ان يصلى مكانها دون التيمم منه وكون الجفاف بالشمس ليس بشرط حتى لو جف في الظل
يكون الحكم هكذا وما وقع في الهداية من قوله بالشمس وقع على العادة فان الارض في
العادة تجف بالشمس وقال زفر والشافعي لا يجوز لان النجاسة حصلت المحل والمزيل
ولهذا لا يجوز التيمم ولنا قوله عليه السلام زكوة الارض يبسها اي طهارتها جفافها
اطلق اسم السبب على المسبب لان الزكاة وهي النمو سبب للطهارة في النتيجة
وجعل صاحب الاسرار هذا الحديث موقوفا على عائشة رض وقال واما الذي
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا فقوله ايما ارض جفت فقد زكت وصاحب المغرب
جعله قول محمد بن الحنفية ويمكن ان يقال ان الحديثين واحد فيجوز ان يكون نقلا بالمعنى
فيكون مرفوعا كذا في العناية وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد شرط بنص الكتاب
وهو قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا يتأدى بما ثبت بالحديث يعني ان اشتراط الطهارة
في التراب في التيمم ثبت بعبارة قوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا فلا يحصل تلك الطهارة المشروطة
بالعبارة بالطهارة التي اثبتها خبر الواحد فان فيه نوع معارضة لانه لما كان القياس يأبى عن
طهارة الارض بالجفاف لان النجاسة لا تطهر بالجفاف كما في الثوب فان قلت النص
طهارة المكان ثبت بدلالة قوله تعالى وثيابك فطهر والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة
في كونه قطعيا حتى يثبت الحدود والكفارات بدلالة النصوص وجب ان لا يجوز
الصلاة عليها كما لا يجوز التيمم بها واجيب بان الاية هاهنا ظنية لان المفسرين اختلفوا
في تفسيرها فقال بعضهم المراد فطهر الثوب وقال بعضهم المراد تقصيرها للمنع عن
التكبر والخيلاء فان العرب كانوا يجرون اذيالهم تكبرا وقال بعضهم تطهير النفس
عن المعايب والاخلاق الردية واذا كان كذلك كانت الاية ظنية فلا يلزم بها حكم
اشتراط طهارة الثوب وهو خطاء فيكون الدلالة كذلك

النهاية

غريب

فان قيل فالطيب ايضا يحتمل الطاهر والمنبت وعلى التاني حمله ابو يوسف والشافعي
ولا يجوز ان يكونا مرادين لعدم عموم المشترك فيكون مؤولا وهو من الحجج الظنية فيجب
ان يجوز التيمم اجيب بان الاحتمال في الطيب مسلم لكن الطاهر مراد بالاجماع كما لعدم
والخلاف في اشتراط الانبات فيكون اشتراط الطهارة قطعيا فلا يتادى بطهارة ثبتت
بخبر الواحد وكذا الاجر المفروش والاجر الطين المطبوخ وانما قيد بالمفروش
لان ما لا يستحكم في موضع بل وضع فيه بحيث ينتقل منه بلا تكلف لا يطهر الا بالغسل
والخص المنصوب الخص بضم الخاء المعجمة والصاد المهملة السترة التي تكون على
السطوح من القصب وتقييده بالمنصوب كتقييد الاجر بالمفروش
والشجر والكلاء في المقطوع وحاصله ان الاجر المفروش والخص المنصوب والشجر
والكلاء غير المقطوع ان تنجس وصب وذهب اثرها تطهر كالارض للصلاة لا للتيمم
قال المحشي المعروف بيعقوب باشا في قول صاحب الوقاية وذهاب الاثر
يعني اذا لم يكن الارض يابسة وصب عليها ماء بحيث لم يكن للنجاسة اثر اي تطهر انتهى
قال الفاضل قاضي زاده قلت هذا استخراج سخيف اذ لو كان مراد صاحب
الوقاية ما ذكره المحشي لزم ان يكون مجرد اليبس سببا مستقلا لطهارة الارض والاجر التي
اصابتها النجاسة بدون ذهاب اثرها من اللون والرائحة ونحوهما ويكون ذهاب الاثر
سببا اخر لطهارة الارض الرطبة اذا صب عليها ماء بحيث لم تبق للنجاسة اثر
وليست المسئلة كذلك فان اليبس وحده بدون ذهاب اثر النجاسة غير كاف
في طهارة الارض والاجر كما صرحوا به ويدل عليه قطعا عبارات المعتبرات في وضع
هذه المسئلة منها الهداية فانه قال فيها اذا اصابت الارض نجاسة فجفت
بالشمس وذهب اثرها جازت الصلاة على مكانها انتهى نعم كون الارض النجسة
طاهرة بصب الماء عليها بحيث لم يبق فيها اثر النجاسة مسئلة اخرى ذكرت
في الخلاصة وذكرت في الكفاية وغيره ايضا نقلا عن الخلاصة وليست بداخل
في مسئلة الكتاب وانما مسئلة الكتاب ههنا ما ذكر في الهداية كما نقلته انفا
هو المختار ذكر صاحب التسهيل وصاحب الوقاية وسوق كلام صاحب الوقاية
يشعر بانه راجع الى الكلاء فقط وسوق كلام التسهيل يشعر بانه راجع الى
الاجر والخص والشجر والكلاء جميعا حيث قال في متنه ويطهر الاجر المفروش و
السترة التي تكون على الارض وشجر وكلاء قائم في الارض باليبس وذهاب الاثر
في المختار بخلاف كلام صاحب الوقاية حيث قال بعد ما بين حكم الارض
والاجر والخص وشجر وكلاء قائم في الارض لو تنجس ثم جف هو المختار
وكلام صاحب الاصلاح والايضاح صريح في انه راجع الى الشجر والكلاء فقط
حيث قال والشجر والكلاء القائم في الارض اختلفوا فيه قيل لا وانا نبنيا على الارض
يطهران بالجفاف هو المختار انتهى والمنفصل راجع الى الاجر والخص والمقطوع
راجع الى الشجر والكلاء لا بد من غسله اي من غسل كل واحد منهما ولا يكفي فيه اليبس
وذهاب الاثر وطهارة المرئي بزوال العين النجاسة مرئية وغير مرئية
ولا يوجد في متن الشرح الحصر وتربيعها وراء بين النفي والاثبات وذلك لان
النجاسة بعد الجفاف اما ان تكون متجسدة كالغائط والدم وغيرهما او لا كالبول
ونحوه فطهارة الاولى بزوال العين منها من غير اشتراط عدد في الغسل لان النجاسة حلت المحل
باعتبار العين فتزول بزوالها ويعفى اثر يشق زواله كاللون او الرائحة
لان الحرج مدفوع شرعا ثم انه في قوله بزوال العين اشارة الى ان عينها
ان زالت بمرة واحدة لا يحتاج الى الغسل بعده لكن فيه اختلاف المشايخ

كان ابو جعفر

كان ابو جعفر يقول بعد زوال العين النجاسة يغسل مرتين لانها التحقت بغير المرئية
غسلت مرة فيغسل مرتين بعدها وقال بعضهم يطهر وان كان بمرة واحدة لان النجاسة
بسبب العين وقد تيقنا بزوال العين فنحكم بطهارته ثم قيل في تفسير المشقة هي ان يحتاج
في قلعها الى شيء اخر نحو الصابون والاشنان وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه الا ان يكون
نجاسة لا يزول اثرها بالماء فان ذلك لا يضر لما روي عن خولة بنت يسار انها قالت
يا رسول الله ان لي ثوبا واحدا واني احيض فيه فقال صلى الله عليه وسلم حتيه
ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء فقالت انه يبقى له اثر فقال عليه السلام يكفيك الماء ولا يضرك اثره اثر
وحكي عن ابي اسحق الحافظ ان المراة اذا خضبت يدها بحناء نجس او الثوب
اذا انصبغ بصبغ نجس غسلت يدها وغسل الثوب الى ان يسيل منه ماء ابيض
ثم يغسل بعد ذلك ثلاثا فيحكم بطهارة يدها وبطهارة الثوب بالاجماع
كذا في العناية وقد يطهر غير المرئي بالغسل ثلاثا او سبعا قال صاحب الهداية
وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار
لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن وانما قدروا بالثلاث لان
غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا والتقدير بالسبع لم نجده
الا في المختار ومثله في الاختيار بقطع الوسوسة قال وذكر في المبسوط
لا يحكم بزواله قبل الثلاث بحديث المستيقظ من منامه لما اشترط الثلاث في المستيقظ
بتوهم النجاسة فلان يشترط فيما اذا تحقق النجاسة كان اولى وقال ايضا
وفي المنتقى اذا غسل مرة سابعة طهر والعصر في كل مرة ان امكن عصره
وقوله في كل مرة احتراز عما روي في غير رواية الاصول انه اذا غسل ثلاثا وعصر في
الثالثة يطهر وقال صاحب الدرر والعصر ثلاثا في المنعصر بالغا في المرة الثالثة
بحيث لو عصر بعده طاقته لا يسيل منه الماء ولو لم يبالغ فيه صيانة للثوب لا يطهر انتهى
وقال المحشي يعقوب باشا ونقل في الكفاية والمحيط عن ابي يوسف لو جرى الماء على
ثوب نجس ثم غلب على ظنه انه طهر جاز بلا عصر والا فالتجفيف في كل مرة حتى ينقطع
التقاطر فيه وان لم يمكن العصر كالحصير والخزف والاجر والخطم اذا تشربت
فيها النجاسة والجلد اذا دبغ بالصبغ النجس والسكين اذا موه بالماء النجس واللحم
اذا طبخ بالماء النجس يغسل ايضا ثلاثا ويجفف في كل مرة حتى ينقطع التقاطر
ولا يلزم التجفيف الى اليبس بل قاموا انقطاع التقاطر مقام العصر وقال محمد
بعدم طهارة غير المنعصر ابدا لان الطهارة بالعصر وهو فيما لا ينعصر والفتوى على الاول
كذا قال صاحب الدرر ويطهر بساط تنجس بجري الماء عليه يوما وليلة قال
الكرماني جلبي افول المرادبه ما يتعذر غسله او يتعسر ولا منعه اذا امكن عصره
فحملناه عليه وذلك على ما تعذر عصره او تعسر وان تيسر غسله وتمام يوم
وليلة مذكور في التاتارخانية والذخيرة وقيل اكثر يوم وليلة وقال
صاحب الوقاية ليلة وقال صاحب الاصلاح والايضاح وفي الخانية اكتفى
بمطلق الجري يقول الفقير لكن وقع في نسخة الخانية التي عندنا البساط
النجس اذا القي في الماء الجاري يجري عليه ليلة يطهر كما في الوقاية وقال
المولى اخي جلبي في قول صاحب الوقاية ليلة اي يوما وليلة ليت شعري لم فسر به وهو
على ان مراد صاحب الوقاية هنا مع وجود القائلين بكونه ليلة لعل صاحب الوقاية منهم
ونحو الروث والعذرة بالحرق حتى يصير رمادا عند محمد هو المختار لان العين قد تبدلت
واستحالت الحقيقة اخرى فيتبدل وصفها الا يرى ان العصير الطاهر اذا صار خمرا
تنجس واذا صار خلا طهر اتفاقا خلافا لابي يوسف لان النغير انما حصل في وصفه
والعين باقية فتبقى نجاستها وكذا حمار وقع في المملحة فصار ملحا

قال ابن ملك في شرح مجمع البحرين وكذا الخلاف فيما اذا صارت العذرة حماة فالحكم
بالوقوع في المملحة وما ذهب اليه هو المختار انتهى قال صاحب التسهيل ولو احترق
نحو الروث فصار رمادا او استحالت العذرة في البئر بمرور الزمان حماة او صار الحمار
ملحا طهر عند محمد لتبدل العين خلافا لابي يوسف وهو ظاهر المذهب يعني لا عند ابي يوسف
ثم لما فرغ من تطهير النجاسة شرع في بيان الغليظة والخفيفة وبيان ما هو معفو عنها فقال
وعفي قدر الدرهم مساحة كعرض الكف في رقيق وعرض الكف مقعر الكف وهو داخل
مفاصل الاصابع ووزنا بقدره مثقال في الكثيف وروي عن محمد رحمه الله اعتبار الدرهم
من حيث المساحة حيث قال في النوادر الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف
لان المراد به هنا الشهليلي وهو لا يكون الا بمقدار عرض الكف والشهليلي
وزن البزري اسم موضع كذا في المغرب وروي عنه ايضا من حيث الوزن يعني ما يبلغ
وزنه مثقالا وقال ابو جعفر يوفق بين الفاظ محمد فيقول ان رواية المساحة
في الرقيق منها ورواية الوزن في الكثيف وقال زفر والشافعي قليل النجاسة وكثيرها سواء
لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه
بقدر الدرهم اخذا من موضع الاستنجاء قال صاحب العناية المراد بقدر الدرهم
موضع خروج النجاسة قال النخعي استقبحوا ذكر المقاعد في مجالسهم فكنوا عنه
بالدراهم ووجه الاخذ ما قال صاحب الاسرار ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
ومن استجمر فليوتر ومن لا فلا حرج عليه والاستجمار هو الاستنجاء فثبت ان الاستنجاء
غير واجب بالحجارة ولا حرج في ذلك فاذا سقط حكم قليل النجاسة وان ذلك القدر عفو
من نجس مغلظ كالدم والبول ولو من صغير لم يأكل انما قال به دفعا
لتوهم ان بول صغير لم يطعم يكون طاهرا وكل ما يخرج من بدن الادمي موجبا للتطهير
احترز به عن العرق والبزاق ونحوهما والخمر وخرء الدجاج ونحوه وبول الحمار والهرة والفار
قيل الابوال اربعة انواع للادمي الكبير وللصبي الذي لم يطعم وللحيوان الغير المأكول
وللمأكول والجمهور على ان كلها نجسة الا ان الثلاثة الاول غليظة عندنا والرابعة خفيفة
عندهما وطاهرة عنده وفي غاية السروجي بول الفارة والخفاش ليس بنجس للضرورة
قال الولوالجي وهي في الهرة اظهر وقيل بولها ينجس الماء دون الثوب وفي بعض
الفتاوى فيه قولان واعترض بعض شراح الوقاية هنا ان المراد من قوله وبول الحمار
والهرة والفارة بول ما لا يؤكل لحمه فلو طرح ما قبله قوله كبول لكان احسن جوابه
ان المراد بالاول بول ما لا يؤكل لكراهة وبالثاني بول ما لا يؤكل للنجاسة وقد افرز احدهما
عن الاخرى لبعض الاحكام فنبه على كل واحد بعبارة على حدة اشارة الى هذا المعنى
وكذا الروث والخثي لان النص الوارد في نجاستهما وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه
انه رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ
عنده والتخفيف بالتعارض خلافا لهما عندهما مخففة لان بينهما ضرورة لامتلاء
الطرق بهما وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه وانما كانت
نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به قيل بالاجماع وقيل
التغليظ عند ابي ح يثبت بدليل لا معارض له وعندهما يثبت بالاجماع
وما دون ربع الثوب يروى ذلك عن ابي ح وهو مروي عن محمد ايضا لان التقدير
بالكثير الفاحش ما يستكثره الناس والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام كمسح الرأس
وكذا في العورة وغيرها فيلحق به هنا وبالكل يحصل الاستكثار فكذا بما قام مقامه
ثم اختلف في تفسير الثوب فقيل ادنى ثوب يجوز فيه الصلاة كالميزر وهو مروي
عن ابي ح ويؤيده ما قال ابو بكر الرازي يعتبر السراويل احتياطا لانه اقصر الثياب وقيل
ربع الموضع الذي اصابه كالذيل وعن ابي يوسف شبر في شبر وفي رواية شبر

مخففة

حاشية
يقول الفقير محمود هذا الكلام الخطير عفي عنه الرب القدير
وقد سمعت من بعض النسوة الكاملات
يصاحبني في عالم الصبا وقت
ان بول الصغير الذي لم يطعم ابوه
الخبز طاهر وهذا باطل فلا
يحتاج الى الجواب
ولقد ذكر الخطأ والصواب
والله تعالى اعلم

من مخففة كبول الفرس وبول ما يؤكل لحمه وهو ما ثبت بدليل غير مقطوع به
بمعارضة نص اخر فان قوله عليه السلام استنزهوا عن البول يدل على نجاسة بول ما يؤكل
وحديث العرنيين يدل على طهارته فرجح دليل النجاسة لكن معارضة ذلك النص
اثرت في التخفيف فكانت نجاسته مخففة وخرء طير لا يؤكل سواء كانت من
السباع او من غيرها لانها تذرق من الهواء فالتحامي عنها متعذر فلذلك كانت
خفيفة وعند محمد طاهر وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والاصح ان
خرء ما لا يؤكل طاهر عند ابي ح وابي يوسف وقال غيره والاصح نجس
وبول انتضح مثل رؤوس الابر عفو لانه لا يمكن الاحتراز عنه سيما في مهب الرياح
وفيه حرج فيعفى قيل التخصيص برؤوس الابر دليل على ان الجانب الاخر ههنا
معتبر والجمهور على انه لا يعتبر الجانبان جميعا لدفع الحرج وقد سئل ابن عباس
عن ذلك فقال انه لا نرجو من عفو الله ما هو اوسع من ذلك
قال صاحب النهاية لان الذباب يقع على النجاسة ثم يقع على ثياب المصلي
ولا بد ان يكون على ارجلهن واجنحتهن شيء من النجاسة واحد لا يستطيع
الامتناع عنه وفي نوادر المعلى عن ابي يوسف اذا انتضح من البول شيء يرى
اثره لا بد من غسله وان لم يغسله حتى صلى وهو بحال لو جمع كان اكثر
من قدر الدرهم اعاد الصلاة يقول الفقير وسمعت من بعض الاساتذة
انه لو كان بحيث لو رش المصلي به عليه وسلم يصل بعضه الى بعض لا يعفى
وان كان لا يصل يعفى لكن لم ار في الكتب وقال صاحب النهاية
ولا يستحسن لاحد استعداد ثوب لدخول الخلاء وروي عن محمد بن علي بن
زين العابدين انه تكلف لذلك يعني استعد لبيت الخلاء ثوبا ثم تركه
وقال لم يتكلف هذا من هو خير مني يعني رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولا الخلفاء الراشدون وعن الحسن البصري ان رجلا سأله عن دم البق
فقال ممن انت قال من الشام فقال لاصحابه انظروا الى قلة حياء هذا الرجل
فانه من قوم اراقوا الدم دم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاء يسألني عن
دم البق فعد الحسن رض هذا من سؤال التعمق وكره له التكلف لما فيه من حرج
الناس والاصل فيه قوله عليه السلام بعثت بالحنيفية السمحة السهلة ولم ابعث
بالرهبانية الصعبة انتهى ما في النهاية ودم السمك وخرء طيور ما يؤكل
طاهر الا الدجاج ونحوهما لان دم السمك ليس بدم على التحقيق لان الدم
على التحقيق يسود اذا شمس ودم السمك يبيض والايهاب يحل تناوله
من غير ذكاة وما يسيل منه عند الشق فانه ليس بدم وانما ذاك ماء اجتمع
اي متغير قال ابن ملك في شرح مجمع البحرين الخرء من مأكول اللحم طاهر لانها
تذرق من الهواء والتوقي عن ذلك متعذر ولانه اجمع المسلمون على ترك الحمامات
في المساجد ولو كان نجسا لاخرجوها خصوصا في المسجد الحرام وقوله الا الدجاج
والبط ونحوهما كالاوز يعني ان خرءها نجاسة غليظة بالاجماع لان التحامي
عنه ممكن كذا في ابن ملك ولعاب البغل والحمار طاهر قال صاحب الهداية
واما لعاب البغل والحمار فمشكوك فيه فلا يتنجس الطاهر انتهى
قال صاحب الكنز وعفي لعاب البغل والحمار لان النجاسة
لا تثبت بالشك على انه اذا كان الشك في طهوريته كان طاهرا بلا شك
وعند ابي يوسف مخفف لتعارض النصوص قال
صاحب مجمع البحرين ويلحق ابو يوسف بالتخفيف لعاب البغل والحمار وطهره
قال ابن الملك في شرحه اي حكم ابو ح ومحمد بانه طاهر فلا يمنع الصلاة

وما ورد على نجس نجس كعكسه قال صاحب مجمع البحرين نجس الماء الوارد كالمورود
وقال ابن ملك في شرحه نجس الماء الوارد على النجاسة كالماء الذي ورد عليه النجاسة
فانه ينجس بالاتفاق لاختلاط النجاسة به وفي الماء الوارد كذلك فيكون نجسا
وقال الشافعي لا ينجس الماء الوارد لما روي ان اعرابيا بال في المسجد فامر عليه السلام
بدلو من ماء فصب عليه ولو كان الماء ينجس بالورود على النجس لما امر عليه السلام لانه
لا افضاء الى تكثير النجاسة قلنا يحتمل انه امر لذهاب رائحة البول لا للتطهير انتهى
ولو لف ثوب طاهر في رطب نجس فظهر فيه رطوبته ان كان بحيث لو عصر قطر
تنجس والا فلا فلا يجوز فيه الصلاة في الاول ويجوز في الثاني كما لو وضع
رطبا على مطين بطين نجس جاف اي لو وضع الثوب حال كونه رطبا على جدار
طين بطين نجس جاف في حالة الوضع لا ينجس وقوله جاف اسم فاعل من جف
ولو تنجس طرف منه وغسل طرفا بلا تحر حكم بطهارته يعني لا يشترط التحري في غسل
من الثوب كحنطة بالت عليها حمر في دوسها فغسل بعضها او ذهب بعضها طهر كلها
ولا يشترط التحري فيه ايضا قال صدر الشريعة اعلم انه اذا ذهب بعضها او قسمت
الحنطة يكون كل واحد من القسمين طاهرا اذ يحتمل كل واحد من القسمين ان
يكون النجاسة في القسم الاخر فاعتبر هنا الاحتمال في الطهارة لمكان الضرورة
وقال صاحب الاصلاح والايضاح حكم الحنطة بالعكس بلا اتفاق في غلظ النجاسة
بوطها فيعلم الحكم في غيرها بالطريق الاولى وقال ايضا الطهارة هنا لمكان الضرورة
وفيه نظر اذ لا ضرورة في التحري انتهى يقول الفقير هنا النظر ليس بوارد على
الاخيرة فقط بل يجري في الاولى ايضا لعل نظره عليهما لا على الاخيرة فقط
وانفحة الميتة ولبنها طاهر الانفحة بكسر الهمزة وفتح الفاء مخففة وتخفيف الحاء
او تشديدها كرش الجدي والحمل الصغير ما لم يأكل يقال لها بالفارسية بنير مايه انفحة الميتة
جامدة كانت او مائعة طاهرة عند ابي ح وكذا البانها اما الانفحة الجامدة فلان الحياة
لا تحل فيها واما المائعة واللبن فلان نجاسة محلهما لم تكن مؤثرة فيهما قبل الموت فههنا
كاللبن الخارج من بين فرث ودم طاهرا فلا يكون مؤثرا بعد الموت خلافا لهما
فانهما قالا الانفحة الميتة مطلقا نجسة ولبنها ايضا نجس لان تنجس المحل يوجب
تنجس ما حل فيها لكن قالا تطهر الجامدة بالغسل قال ابن ملك في شرح مجمع البحرين
لاح لي هنا اشتباه وهو ان المائعة ان كانت مما ينعصر فكانت ينبغي ان تطهر
بالغسل والعصر وان كانت مما لا ينعصر فكذا عند ابي يوسف لما سبق ان غير المنعصر
عنده يطهر بالغسل والتجفيف ثلاثا والاستنجاء سنة قال صاحب العناية
فيه بين كون محل الاستنجاء عنده كونه سنن الوضوء وان كان اقوى سنة
لانه اراد بها هنا الوضوء الوضوء من النوم لا عن البول والغائط والاستنجاء ههنا
ليس بسنة وانما قلنا ذلك لان امره نقل بنا بالوضوء عن النوم هكذا جاء عن بعض الصحابة
فانه كان يقول يا ايها الذين امنوا اذا قمتم من مضاجعكم الى الصلاة واقول
انما ذكره ههنا لان الاستنجاء ازالة النجاسة العينية فذكره ههنا انسب انتهى
وهو في اللغة النجو ما يخرج من البطن والاستنجاء طلب الفراغ منه وفي الشرع ...
وهو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه والمواظبة مع الترك احيانا دليل السنة وقال الشافعي
فرض حتى لو تركه لا تجوز صلاته مما يخرج من احد السبيلين غير الريح والاستنجاء من الريح بدعة لانه
ليس بنجس وما خرج من البطن ولا يسمى تطهير ما يخرج من غير السبيلين استنجاء وقع في الوقاية
والاستنجاء من كل حدث قال صاحب عناية الوقاية المراد بالحدث ههنا الخارج من السبيلين
كما قيده صدر الشريعة ثم قال وعليه تقييد الحدث به اشارة الى الصحيح من المذهب لانه
لو اصاب موضع الاستنجاء نجاسة من الخارج اكثر من قدر الدرهم لا يطهر الا بالغسل انتهى

قال الفقير فقلنا

ط وقيل بالمباشرة بالنجاسة يخرج منهما ويجاب بان ...

قال الفاضل قاضي زاده قلت لا معنى لكلمن هنا لان النجاسة التي اصابت موضع
الاستنجاء من الخارج ليست بحدث اصلا فيخرج بقول المص من كل حدث سواء قيد الحدث
بالخارج من السبيلين او لم يقيد والاشارة الى الصحيح من المذهب تحصل بذكر نفس الحدث
لا بتقييده بالخارج من السبيلين فلا يصلح ما ذكره للتقييد والصواب في وجه التقييد
بالخارج من السبيلين ان يقال انما قيدناه به اذ لولاه لزم ان يكون الاستنجاء سنة في الفصد
ونحوه على مقتضى قول المص هنا مما يخرج من احد السبيلين احترازا عن الفصد ونحوه
والنجاسة التي اصابت موضع الاستنجاء من الخارج اكثر من قدر الدرهم ونحوها
فكان المناسب لصاحب الوقاية ان يقول والاستنجاء مما يخرج من احد السبيلين كما قال الامام
لانه يخرج منه الجميع سنة وما سن فيه عدد قال الشافعي لا بد من التثليث لقوله
عليه السلام في حديث ابي ايوب الانصاري رضي عنه ربه البارى وليستنج بثلاثة احجار
والامر للوجوب فالحديث يدل على وجوبه بكيفية معلومة ولنا ما رواه ابو هريرة رضي
من قوله عليه السلام من استجمر فليوتر ولا ايتار يقع على الواحد وقال ومن لا
فلا حرج نفي الحرج عن ترك الاستنجاء اصلا فدل على انه لا يفترض وما رواه ظاهره
فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف جاز بالاجماع فلا يصح الاستدلال به او يحمل الامر
على الاستحباب توفيقا بين الحديثين فيمسحه بنحو حجر كمدر وخشب وتراب وخرقة وغيرها
لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود ويجوز بان يحصل بمدر بالحجر الاول
قال صاحب الدرر والغرر قال في الوقاية بعد قوله بلا عدد بمدر بالحجر الاول اه
فيرد عليه انه غير مرتبط بما قبله لان العدد اذا نفي وان كان المراد نفي سنة
لم يناسب بعده ذكر العدد بقوله بالحجر الاول اه انتهى يقول الفقير في دفع ما
اورده على الوقاية ان مراد صاحب الوقاية من قوله بلا عدد بلا اشتراط عدد
لا بشرط لا عدد والذي ينافي ذكر العدد هو الثاني اذ قد تقرر في موضعه
ان ما بلا شرط شيء يعم ما بشرط لا شيء ايضا فاذا كان الاستنجاء بنحو حجر سنة
بلا شرط عدد لا بشرط لا عدد يتحقق الاستنجاء المسنون في صورة تعدد الا
وفي صورة عدم تعددها ايضا فذكر صاحب الوقاية صورة العدد بعد قوله
فيما قبل بلا عدد بمعنى لا بشرط عدد ولا يخل بالمناسبة قطعا نعم يبقى الكلام
في وجه اختيار ذكر صورة العدد فقط الا ان وجهه كون العدد مندوبا وان
لم يكن مسنونا بخصوصه كما اعترف به صاحب الدرر نفسه حيث قال ولكن العدد
بل يندب ثم ذكر صورة العدد كما ذكره صاحب الوقاية
والى ما ذكرنا اشارة في كلام صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال نفي المنفي بقوله بلا
لزوم العدد في اقامة السنة لا نفيه وللتنبيه على ذلك قال يدبر بالحجر الاول
يعني اذا احتاج في اقامة السنة الى العدد يفعل كذلك انتهى ويقبل بالثاني
الادبار الذهاب الى جانب الدبر والاقبال ضده ويدبر بالثالث في الصيف
ويقبل الرجل بالاول ويدبر بالثاني والثالث في الشتاء قال صدر الشريعة ثم
في المسح اقبالا وادبارا مبالغة في التنقية ففي الصيف يدبر بالحجر الاول ويقبل بالثاني
لان الخصية في الصيف مدلاة فلا تقبل احترازا عن تلويثها ثم يقبل ثم يدبر
مبالغة في التنظيف وفي الشتاء غير مدلاة فيقبل بالاول لان الاقبال ابلغ في التنقية
ثم يدبر ثم يقبل للمبالغة وانما قيدنا بالرجل لان المرأة تدبر بالاول ابدا لئلا يتلوث فرجها
ولا خصية لها والصيف والشتاء في ذلك سواء وقال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر
في قوله ويدبر بالثالث صيفا قيل ولكن عبارة الوقاية الا انه سهو منها لان بيت
الرتبة الثالثة ليس بالباء المحوحدة بل بالباء من الادارة يدل عليه عبارة الفتاوى المشهورة حيث قال
كيفية استنجاء الرجل ان يدبر بالحجر الاول ويقبل بالثاني ويدير الثالث بلا ادخال كلمة الباء في الثالث

انتهى نقله

وغسله بالماء بعد الحجر افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام
يتبعون الحجارة بالماء وهم اهل قباء قال صاحب الهداية ثم هو ادب لان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان يستنجي بالماء مرة ويتركه اخرى وهذا حد الادب وقيل هو سنة في
زماننا لان اهل الزمان الاول كانوا يبعرون بعرا لانهم كانوا ياكلون قليلا واهل زماننا
ياكلون كثيرا فيثلطون ثلطا فيتجاوز النجاسة من المخرج الى اطرافه هكذا روي عن الحسن البصري
يغسل يديه اولا ثم المخرج ببطن اصبع او اصبعين او ثلاث ثم بالتفصيل على انه ينبغي ان
يغسل باصبع واحدة ان كفى والا فباصبعين والا فيضم اليها الاخرى ليكون التلوث
بقدر الضرورة قال صاحب الدرر ويصعد الرجل اصبعه الوسطى على سائر الاصابع
صعودا قليلا في ابتداء الاستنجاء ويغسل موضعه ثم يصعد بنصره اذا غسل ثلاث مرات
ثم يصعد خنصره ثم سبابته ويغسل موضعه حتى يطمئن قلبه وتصعد المرأة بنصرها
واوسطها جميعا معا ثم تفعل كما يفعل الرجل لانها لو بدأت باصبع واحدة
كالرجل عسى ان يقع اصبعها فتلذذت فيجب عليها الغسل وهي لا تشعر كذا
في الظهيرية انتهى لا يزول بها لا يزيل النجاسة في شقوق الاظفار ويرخي
الارخاء بالراء المهملة والخاء المعجمة افعال بمعنى الارسال مبالغة ان لم يكن صائما
قال صاحب الدرر كذا في الظهيرية ويجب الغسل بالماء ان جاوز النجس المخرج
اكثر من درهم وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء
فلا يتعداه ويعتبر ذلك وراء موضع الاستنجاء اي يعتبر القدر المانع وراء موضع
الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد
مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع يعني في سائر المواضع قدر الدرهم معفو
فاذا زاد عليه يكون مانعا فكذا موضع الاستنجاء اعلم ان الاستنجاء على خمسة اوجه
واجبان احدهما غسل نجاسة المخرج في الغسل عن الجنابة والحيض والنفاس
كيلا تشيع في بدنه والثاني اذا تجاوزت المخرج يجب عند محمد اذا كان المتجاوز
مع النجس الذي في موضع الاستنجاء اكثر من الدرهم وهو الاحوط وعندهما يجب
اذا كان المتجاوز اكثر من درهم لان ما على المخرج سقط اعتباره فبقي المعتبر ما وراءه
والثالث سنة وهو اذا لم يتجاوز النجاسة مخرجها فغسلها سنة وقيل ادب
والرابع مستحب وهو ما اذا بال ولم يتغوط يغسل كسعا ايضا والخامس بدعة وهو
الاستنجاء من الريح اذ لم يظهر الحدث في السبيلين اصلا كذا في الاختيار
ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولو فعل يجزئه لحصول الانقاء
ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن اما الاستنجاء بالفحم فمكروه وكذا بالاوراق
وكذا لا يستنجي بعلف الحيوان مثل الحشيش وغيره وطعام لانه اضاعة مال واسراف وقد قال تعالى ان الله لا يحب
ونهى النبي عليه السلام عنه وبيمينه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا عن الاستنجاء باليمين وقال اليمين للوجه واليسار للمقعد
قال صاحب الدرر الا ضرورة بان يكون يسراه مقطوعة او بها جراحة لو استنجى بالاشياء المذكورة جاز
لان النهي لمعنى في غيره فلا ينافي المشروعية في الجملة انتهى وكره استقبال القبلة واستدبارها ببول
لقوله عليه السلام اذا اتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا او غربوا
وعن ابي حنيفة في الاستدبار لا بأس لانه غير مقابل للقبلة وما ينحط نحو الارض وفي النهاية كما يكره
يكره للمرأة ان تمسك ولدها نحو القبلة ليبول وهذا كله اذا كان ذاكرا للقبلة ولو غفل عن ذلك
فقد خص جواز الاستدبار في رواية عن ابي حنيفة اذا كان ذيله ساقطا اما اذا كان رفعه فينبغي
ان يكون مكروها لان عورته الى القبلة ولو في الخلاء بالماء المتوضأ لان الدليل لم يفرق خلافا للشافعي وكذا يكره
التغوط في الماء والظل لانه ظل قوم يستريحون فيه كذا في الدرر والطريق وتحت الشجرة المثمرة ويكره ايضا التكلم
ويكره البول قائما الا لعذر ويجب الاستبراء بالمشي او التنحنح وقيل يكتفي بمسح الذكر واجتذابه ثلاث مرات والصحيح
ان طباع الناس وعاداتهم مختلفة فمن وقع في قلبه انه صار طاهرا جاز له ان يستنجي لان كل احد اعلم بحاله

كتاب الصلاة

لما فرغ من الطهارة شرع في الصلاة لانها المقصودة وقدم الاوقات لانها الاسباب وهي متقدمة
على المسببات كذا في غاية البيان قال الفاضل قاضيخان لقائل ان يقول كون الاسباب متقدمة على المسببات
انما يقتضي تقديم الاوقات على نفس الصلاة التي بينت في صفة الصلاة لا على شروط الصلاة
التي ذكرت في باب شروط الصلاة لان الشروط ايضا متقدمة على المشروط وليست الشروط
من مسببات اسباب المشروطات فلا يتم التقريب فالاظهر ما ذكرت في العناية حيث قال وانما
ابتدأ ببيان الوقت لانه سبب الوجوب وشرط للاداء فكان له جهتان في التقديم انتهى
ثم الصلاة في اللغة الدعاء وفي الشريعة عبارة عن الاركان المعلومة والافعال المخصوصة
وسميت بالصلاة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهي من المنقولات الشرعية كذا في النهاية
وقال صاحب الكفاية وتفسيرها لغة الدعاء وفي الشريعة اسم لهذه الافعال المعلومة من القيام
والركوع والسجود سميت بذلك لانها تتضمن الدعاء والثناء فعلى هذا يكون من الاسماء المغيرة
لوجود الصلاة بدون الدعاء والثناء كما في الامي وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز الصلاة
في اللغة الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم اي ادع لهم وانما عدي
بعلى باعتبار لفظ الصلاة وفي الشريعة عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وسميت بها
لما فيها من الدعاء بمعنى اللغة فيكون تغييرا على ما قالوا والفرق بين النقل والتغيير ان في النقل لا يبقى
المعنى الموضوع له مرعيا وفي التغيير يكون باقيا لكن زيد عليه شيء اخر وقال صاحب الغاية الظاهر
انها منقولة لوجودها بدونه في الامي ولو قال في الاخرس لكان اولى الى هنا لفظ الزيلعي
قال الفاضل قاضيخان قلت لا نسلم انه لو ذكر الاخرس بدل الامي لكان اولى هنا فان للاخرس
اشارات معهودة معتبرة عند الشرع في اكثر الاحكام فله اشارة معهودة في امر الدعاء
ايضا فحينئذ لا يستدعي وجود الصلاة الشرعية بدون الدعاء بخلاف الامي فان
جهله يستدعي وجودها فيه بدونه كما لا يخفى ثم ان الصلاة فرض عين
لا يسع تركها ويكفر جاحدها قال صاحب العناية هي فريضة قائمة شريعة ثابتة
عرفت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى واقيموا الصلوة وقوله حافظوا على الصلوات
والصلوة الوسطى فان الاية الاولى تدل على فرضيتها والثانية عليها وعلى
كونها خمسا لانه امر بحفظ جمع من الصلاة وعطف عليها الصلاة الوسطى واقل
جمع يتصور معه وسطى هو الاربعة وبالسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله
فرض على كل مسلم ومسلمة في كل يوم وليلة خمس صلوات وهو من المشاهير
وبالاجماع فقد اجمعت الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا
على فرضيتها من غير نكير ولا راد ولذا من انكر شيئا منها كفر بلا خلاف انتهى
يقول الفقير فيه بحث اما اولا فلان دلالة قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة
الوسطى على كون الصلوات المفروضات خمسا غير ظاهرة لاحتمال ان يكون المراد
بالوسطى الفضلى وعن هذا قال صاحب الكشاف في تفسير الوسطى اي الوسطى
بين الصلوات او الفضلى من قولهم للافضل الاوسط وقال البيضاوي
في تفسيرها اي الوسطى بين الصلوات او الفضلى منها خصوصا فعلى تقدير ان يكون المراد
بالوسطى في هذه الاية معنى الفضلى لا يكون الاية دالة على كون الصلوات التي امر بمحافظتها
خمسا حتى يثبت به فرضية الخمس وقد صرح في معراج الدراية بكون هذه الاية قطعية الدلالة
على فرضية الخمس حيث قال واما فرضية الخمس فبقوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى
لان هذه الاية قاطعة الدلالة على فرضية الخمس لانه تعالى فرض جمعا من الصلوات والصلاة الوسطى
واقل جمع صحيح معه وسطى هو الاربع دون الثلاث انتهى وبحثنا المذكور عليه اظهر لانه
صرح بقطعيتها ولا قطع مع احتمال كون معنى الوسطى هو الفضلى نعم ليس في العناية تصريح بقطعيتها

وأما ثانيا فلأن السنة المشهورة لا تفيد القطع وإنما تفيد علم طمأنينة كما تقرر في
علم الأصول فكيف تثبت فرضية الصلاة بالسنة المذكورة وهي من علم قطعي صرح
به صاحب العناية الفرض ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه ولهذا يكفر جاحده
قال في معراج الدراية ثبت فرضية الصلاة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة
ثم قال وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى فرض على كل مسلم
وانه من جملة الاخبار المتواترة المشهورة انتهى فيرد على الجعل المشهورة البحث الثاني
بعينه قال الفاضل فيما صنعنا أما السنة فما ورد في أمر الصلاة من الأخبار الآحاد
المتعددة الكثيرة بحيث يبلغ مجموعها حد التواتر وإن لم يبلغ كل واحد منها حد
ذلك الحد انتهى ونظائره كثيرة مثل الأخبار الواردة في شجاعة علي وجود حاتم واعترض
الفاضل سعدي أفندي على استدلال صاحب العناية ومعراج الدراية على كون الصلوات
المفروضات خمسا بقوله تعالى حافظوا على الصلوات الآية بوجه آخر حيث قال
هذا الاستدلال إنما يتمشى لو لم يكن عطف قوله تعالى والصلاة الوسطى من قبيل عطف
الروح على الملائكة انتهى يقول الفقير ليس هذا بشيء إذ لا نسلم أن هذا الاستدلال
ينهض وإن كان العطف من قبيله في قوله تعالى تنزل الملائكة والروح فإن الخاص إذا عطف
يصير المراد منه العام ما عدا ذلك الخاص البتة ضرورة وجوب المغايرة فالمعطوف عليه
فيكون المراد من الصلوات في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى
المعطوفة عليها كما كان المراد من الملائكة في قوله تعالى تنزل الملائكة والروح ما عدا الروح
وكما عطف الروح على الملائكة مع دخوله فيها على تقدير ترك العطف إشارة إلى تفضيل
الروح وإلا يلزم عطف الشيء على نفسه في ضمن عطفه على ما يشتمل عليه فإذا كان المراد من الصلاة
التي عطف عليها الصلاة الوسطى ما عدا الصلاة الوسطى انتهى استدلالها المذكور لا محالة تدبر
وقت الفجر قدمه على سائرها لأنه متفق عليه أوله وآخره فيما بين علمائنا ولأنها أول
صلاة صلاها آدم عليه الصلاة والسلام حين أهبط من الجنة وأظلم عليه الدنيا وجن الليل
ولم يره قبل ذلك فخاف خوفا شديدا فلما انشق الفجر صلى ركعتين شكرا لله تعالى
الركعة الأولى للنجاة من ظلمة الليل والثانية لرجوع ضوء النهار كان ذلك سبب كونها ركعتين
وفرضت علينا أولا ولأنه أول وقت صلاة وجبت بعد وقت النوم عادة
من طلوع الفجر الثاني الصادق وهو البياض المعترض في الأفق
واحترز به عن الفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو في السماء أولا ويعقبه
سواد ويسميه العرب ذنب السرحان وهو بكسر السين الذئب ولا معتبر به
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغرنك أذان بلال ولا الفجر المستطيل إنما
المعتبر الفجر المستطير في الأفق أي المنتشر إلى طلوع الشمس لما روي
أن جبريل عليه السلام أم برسول الله صلى الله عليه وسلم فيها حين طلوع الفجر في اليوم
الأول وفي اليوم الثاني حين أسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال
ما بين هذين الوقتين وقت لأمتك واعترض بأن قوله ما بين هذين الوقتين
وقت يقتضي أن لا يكون الأول والآخر وقتا وذلك خلاف المطلوب
وأجيب بأنه علم بإمامة جبريل أن الأول والآخر وقت فاحتيج إلى بيان ما
بينهما فبينه بقوله ما بين هذين الوقتين وقت أو نقول
الجواز وقوله لبيان الاستحباب لأن في رعاية الأول تعسر وفي الآخر
خشية الفوت فما بينهما مستحب أو نقول
لو اقتضى ذلك كانت الصلاة فيهما واقعة في غير الوقت
فلم يكن ذلك فعلمنا للوقت وإنما معناه أيضا منحصر فيهما
بل ما فعلنا بيان الحاصرين وما بينهما وقت أيضا

ووقت الظهر

الحديث

العام

جبريل عليه السلام

ووقت الظهر بدأ محمد في الجامع الصغير بها لأنها أول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم
ولكل وقت من زوالها قيل أصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع أنه يغرز
خشبة في مكان مستو ويجعل على مبلغ الظل علامة فما دام الظل ينتقص الخط فهو قبل الزوال
ويسمى أيضا ساعة الاستواء وإذا أخذ الظل في الزيادة فقد علم أن الشمس قد زالت
كذا في المبسوط ثم هو يختلف باختلاف الأمكنة والأوقات حتى قيل إنه في أطول
أيام السنة لا يبقى في ذلك الوقت ظل على الأرض وكذا بالمدينة يأخذ الشمس الحيطان الأربعة
وفي ذلك الفيء عبر عنه الفقيه بالظل بل المعتبر ما هو كذا في العناية إلى أن يصير ظل كل
شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا إلى أن يصير مثله اعلم أن الروايات عن أبي حنيفة اختلفت
في آخر وقت الظهر روى محمد عنه إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال خرج وقت
ودخل وقت العصر وهو الذي عليه أبو حنيفة وروى الحسن بن زياد عنه إذا صار ظل كل شيء
مثله سواه خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزفر
والشافعي رضي الله عنهم وروى أسد بن عمرو عنه إذا صار ظل كل شيء مثله سواه
خرج وقت الظهر ولم يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه وعلى هذه الرواية
يكون بين الظهر والعصر وقت مهمل كما بين الظهر والفجر قيل أول من صلى بعد الزوال
إبراهيم عليه السلام حين أمر بذبح الولد فصلى أربع ركعات الأولى شكرا لذهاب غم
الولد والثانية لزوال الغم والثالثة لرضا الله تعالى حين نودي قد صدقت الرؤيا
والرابعة لصبره لله وكان ذلك منه تطوعا وقد فرض علينا هو ووقت العصر انتهى
وقت الظهر على القولين إلى غروب الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم من أدرك ركعة
من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها كذا في الصحيحين قيل أول من صلى العصر يونس
عليه السلام حين أنجاه الله من أربع ظلمات وقت العصر ظلمة الزلة وظلمة الليل
وظلمة الماء وظلمة بطن الحوت فصلاها شكرا تطوعا فأمرنا بها ووقت المغرب
من غروبها إلى أن يغيب الشفق وقال الشافعي وقت المغرب مقدار ما يصلي فيه ثلاث
ركعات هو أحد قوليه لإمامة جبريل عليه السلام في المغرب في اليومين في وقت واحد
لأنه كان يعلم أول وآخر وقت المغرب ممتدا لما يؤم جبريل في وقت واحد لأنه كان يعلم
أول الوقت وآخره قال الغزالي في وقت المغرب قولان أحدهما أن يمتد إلى غروب
الشفق وإليه ذهب أحمد بن حنبل والثاني إذا مضى بعد الغروب وقت وضوء وأذان
وإقامة وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت واحتج أصحابنا بما روى عبد الله بن عمر
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وقت المغرب ما لم يسقط نور الشفق وروى
أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أول المغرب حين تغرب الشمس
وآخره حين يغيب الشفق إلا أن التأخير عن أول الوقت مكروه فلئن سلم أن خبر جبريل
فإنه جاء ليعلم غير المكروه من الأوقات ألا ترى أنه لم يؤخر العصر إلى الغروب
والوقت باق ولا العشاء إلى الثلث وبعده وقت العشاء بالإجماع على أن المصير
إلى ما روينا أولى لأنه كان بالمدينة وما رووه كان بمكة والتأخير عن الكراهة
[illegible] قيل أول من صلى المغرب شكرا تطوعا عيسى عليه السلام حين خاطبه الله
بقوله أأنت قلت للناس اتخذوني وأمي إلهين الآية وكان ذلك بعد غروب
الشمس فالأولى لنفي الألوهية عن نفسه والثانية لنفيها عن والدته والثالثة
لإثباتها لله تعالى وقد فرضت علينا قال صاحب العناية وفيه نظر يقول الفقير
وجه النظر والله أعلم أن في يوم القيامة على ما ذكره المفسرون
ولو قيل إن ذلك وقع مرة في الدنيا وسيقع في يوم القيامة لكان له وجه
لكن يحتاج ذلك إلى النقل إثبات وقيل وهو البياض
الكائن في الأفق بعد الحمرة وقالا هو الحمرة قيل وبه يفتى

الظهر

رض

اختلف العلماء في الشفق فقال ابو ح هو البياض في الافق بعد الحمرة وهو قول ابي بكر
ومعاذ وانس وابي الزهير وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي ح رواه عن اسد بن عمرو
وهو قول ابن عمر وشداد بن اوس وعبادة بن الصامت وبه اخذ الشافعي والامام
واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم الشفق هو الحمرة ولابي ح ما رواه ابو هريرة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال واخر وقت المغرب اذا اسود الافق ولا يحصل ذلك
الا بعد زوال البياض وما رواه من قوله الشفق هو الحمرة موقوف على ابن عمر رض
ذكره مالك في الموطا فلا يصلح حجة على ان فيه اختلاف الصحابة والتمسك بالحديث
فيما اختلف فيه الصحابة لا يجوز لان عدم التمسك به دليل عدم القبول وهو دليل
فكيف يجوز التمسك في ذلك بالموقوف قال صاحب العناية وفيه نظر لانه مشترك الالزام
يقول الفقير يمكن ان يقال بترجيح ما روى ابو ح بكونه مرفوعا وما رووه موقوف فترجيح
على الموقوف فيغني عن البيان على ما عرف في الاصول لكن اختلاف الصحابة يورث في الترجيح
فيكون نظره وارد الا محالة والفتوى على قول الامامين لاطباق اهل اللسان عليه حتى
نقل ان الامام رجع اليه لما ثبت عنده من حمل عامة الصحابة الشفق على الحمرة وفي المبسوط
قولهما اوسع وقوله احوط كذا في الدرر وابن الملك في شرح مجمع البحرين يقول الفقير
القياس يقتضي ان يكون قولهما اوسع وقوله احوط فتدبر وقال مولانا محمد اوان في تعليقاته
قال شارح المجمع فيما نقل عنه قولهما اوسع في العلم الا في الوقت وكن ان نقول معنى اوسع
اسهل للناس وارفق فان اخر وقت المغرب اذا كان غروب الحمرة يكون اول وقت العشاء
اسرع في الصيف والشتاء ولا يخفى انه هو الاعلم فان الاول زمان الغفلة والنوم
والثاني زمان البرد والشتاء ومعنى قوله احوط لوجود معنى الشفقين انتهى ما ذكره اقول
يقول الفقير فعلى هذا يكون معنى كون قوله احوط ظاهرا على ما حمل الاوسع عليه
مولانا الواني لكن يكون معناه على ما نقل عن ابن الملك خفيا فتدبر
ووقت العشاء والوتر منه الى انتهاء وقت المغرب على القولين الى الفجر الثاني
لما روى ابو هريرة رض انه صلى الله عليه وسلم قال اخر وقت العشاء حين يطلع الفجر
قال صاحب الهداية وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل وهو
استدل بامامة جبريل في اليوم الثاني حين مضى ثلث الليل قال صاحب العناية ووجه
كونه حجة على الشافعي انه يدل على قيام الوقت الى الفجر وحديث امامة جبريل يدل على ان
اخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا واذا تعارضت الاثار لا ينقضي الوقت الثابت
يقينا بالشك يعني عرفنا دخول وقت العشاء اذا غاب الشفق بيقين ثم وقع الشك
في خروجه ببقاء عن الاثار واليقين لا يزول بالشك فقام الى الفجر يقول الفقير لقائل
ان يقول ان في قول صاحب العناية واذا تعارضت الاثار بحثا وهو ان النبي صلى
الله عليه وسلم صرح بقوله اخر وقت العشاء حين يطلع الفجر فقيامه الى الفجر وامامة جبريل تدل
على خلافه من غير تصريح بخلاف فانه الصريح من الدلالة ومن شرط التساوي فتدبر
او نقول ان امامة جبريل لم يكن لنفيها وراء وقت الامامة عن وقت الصلاة بل لاثبات جواز
الصلاة في وقت ام فيه الا ترى انه ام في اليوم الثاني في صلاة الفجر حين اسفر
والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس فاذا لم يكن امامة لنفيها وراء وقت الامامة
بقي ما رويناه سالما عن المعارض فيكون حجة على الشافعي وقيل اول من صلى العشاء
موسى عليه السلام حين خرج من مدين وضل الطريق وكان في غم المرأة وغم اخيه
وغم عداوة فرعون وغم اولاده فلما انجاه الله من ذلك كله حين نودي من شاطئ
صلى اربعا تطوعا ثم فرض علينا قال صاحب العناية وهذه الاقوال التي ذكرتها
عقيب كل صلاة وجدتها في شرح شيخي العلامة قوام الدين الكاكي
منقولة عن بكر الفضل مع زيادة نقلتها بطريق الاختصار

ثم ان اول

ثم ان اول وقت الوتر اول وقت العشاء واخره اخر وقت العشاء ولا يقدم الوتر عليها للترتيب
كما لا يقدم الوقتية على الفائتة ولما كان قوله ووقت العشاء والوتر منه الى انتهاء وقت المغرب
الى الفجر الثاني موهما لجواز تقديمه على العشاء قال ولا يقدم اي عند التذكر يعني اذا لم يكن ناسيا
وعلى هذا لو اوتر قبل العشاء متعمدا اعاد الوتر بلا خلاف وان اوتر ناسيا للعشاء ثم تذكر
او صلاهما فظهر فساد العشاء لا الوتر يصلي العشاء ولا يعيد الوتر في الصورة الاولى
ويعيد العشاء لا الوتر في الصورة الثانية وهذا عند ابي ح وعندهما اول وقت العشاء
من انتهاء وقت المغرب والوتر بعد العشاء الى الفجر فعندهما لو اوتر ناسيا للعشاء
ثم تذكر او صلاهما فظهر فساد العشاء لا الوتر يصلي العشاء ويصلي الوتر في الاولى
ويعيدهما في الصورة الثانية وهذا الخلاف فرع الخلاف في صفة فالوتر واجب عنده
والوقت اذا جمع واجبين فهو وقت لهما ولا امر بتقديم احدهما وعندهما نفل فيدخل
وقته بعد الفراغ عن الفريضة كركعتي العشاء فلو قدمها على العشاء لم يجز عامدا كان
او ناسيا فكذلك الوتر ومن لم يجد وقتهما اي وقت العشاء والوتر بان كان في بلد بحيث
اذا غربت الشمس طلع الفجر لم يجبا عليه وفي الظهيرية بلغنا انه ورد فتوى من بلغار
بان الفجر تطلع فيهما قبل غيبوبة الشفق في اقصر ليالي السنة على شمس الائمة الحلواني
فكتب عليهم بوجوب قضاء العشاء ثم ورد الخبر على الشيخ الكبير سيف الدين
فافتى بعدم الوجوب فبلغ جوابه الى الحلواني فارسل من سال في عامة بجامع خوارزم
فسال ما تقول فيمن اسقط من الصلوات الخمس واحدة هل يكفر فاحس به الشيخ
فقال ما تقول فيمن قطع يداه مع المرفقين او رجلاه مع الكعبين كم فرائض وضوئه
فقال ثلاث لفوات محل الرابع فقال فكذلك الصلوات الخمس فبلغ الحلواني جوابه
فاستحسنه ووافقه فيه ويستحب الاسفار بالفجر بحيث يمكن اداؤه بترتيل
اربعين اية او اكثر ثم ان ظهر فساد الطهارة يمكنه الوضوء والاعادة على الوجه المذكور
قوله او اكثر اشارة الى ما قيل في حد الاسفار وهو ان يبدأ بالصلاة في وقت لو صلاها
بقراءة ما بين اربعين الى ستين قال صاحب العناية في قول صاحب الهداية ويستحب
الاسفار ههنا باطلاقه يدل على البدء والختم بالاسفار هو المستحب وهو ظاهر الرواية
وقال الطحاوي يبدأ بالتغليس ويختم بالاسفار ويجمع بينهما بتطويل القراءة وقال
الشافعي يستحب التعجيل في كل صلاة ومراده ان يكون في النصف الاول كذا في النهاية
نقلا عن الاسرار واستدل بحديث عائشة قالت رض كانت النساء ينصرفن من الصبح
وهن متلفعات بمروطهن ما يعرفن من شدة الغلس ولان في هذا اظهار المسارعة
في اداء العبادة وهو مندوب اليه بقوله تعالى وسارعوا الى مغفرة من ربكم
ولنا حديث رافع بن خديج رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اسفروا بالفجر فانه اعظم
ولان في الاسفار تكثير الجماعة وفي التغليس تقليلها وما يؤدي الى تكثير الجماعة افضل
ولان المكث في مكان الصلاة حتى تطلع الشمس مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم
من صلى الفجر ومكث حتى تطلع الشمس فكانما اعتق اربع رقاب من ولد اسمعيل واذا
اسفر بها تمكن من احراز هذه الفضيلة وعند التغليس قلما يتمكن منه واما حديث عائشة
فالصحيح من الروايات اسفار رسول الله صلى الله عليه وسلم بصلوة الفجر فان ثبت التغليس في
وقت فلعذر او كان ذلك حين يحضر النساء الصلاة بالجماعة ثم انتسخ ذلك حين امرن
بالقرار في البيوت واما الجواب عن تعلقه بالاية فنقول المسارعة الى مغفرة الله انما يكون
في المسارعة الى الشيء الذي هو افضل عند الله من غيره وذلك في تكثير الجماعة لا في تقليلها
على ان الاية عامة فنحملها على بعض الصلوات بدليل ما روينا ويستحب الابراد بالظهر
في الصيف لما روى ابو سعيد الخدري رض انه صلى الله عليه وسلم قال ابردوا بالظهر فان شدة
الحر من فيح جهنم يعني صلوها اذا سكنت شدة الحر وقوله من فيح جهنم اي من شدة حرها

وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الصيف والشتاء لما فيه من تكثير النوافل افضل من المبادرة
الى الاداء لاول الوقت ولما روى ابن مسعود قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي العصر والشمس بيضاء
وهذا منه بيان تاخير العصر وقيل سمي العصر لانها تعصر اي تؤخر والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير
بحال لا تحار فيه الاعين اي يذهب الضوء فلا يحصل للبصر بالنظر اليه حيرة وهو الصحيح
وقال سفيان الثوري وابراهيم النخعي تغير الضوء الذي يقع في الجدران قال شمس الائمة السرخسي اخذنا
بقول الشعبي هو اعتبار تغير القرص لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال ثم تكلموا في معرفة
التغير في القرص قال بعضهم اذا قامت الشمس للغروب قدر رمح او رمحين لم يتغير وان صارت
اقل من ذلك فقد تغيرت وقال بعضهم المعتبر ما سبق بوضع طست ماء في صحراء وينظر فيه فان
كان القرص يبدو للناظر فقد تغيرت وقال بعضهم المعتبر ما سبق من ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين
والعشاء الى ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل
وطولب بالفرق بينه وبين قوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك فانها على نهج
وذلك اثبت السنة وهذا الاستحباب واجيب بانا لا نسلم انهما على نهج واحد بل في حديث
السواك المنتفي هو الامر بمانع المشقة فانه لو لم يكن الامر للمشقة ولو امر كان واجبا لان مطلق الامر
للوجوب فلما لم يكن الامر ثبت ما دون الوجوب وهو السنة وفيما نحن فيه المنتفي هو التاخير
بمانع المشقة فلو اخر كان سنة لان نفس التاخير لم يكن للوجوب لان مطلق افعاله محمولة
الا اذا قام الدليل للوجوب فلما انتفى التاخير لمانع المشقة ثبت ما دون السنة وهو الاستحباب
يقول الفقير اذا كان التاخير مقتضاه كونه سنة كيف يلزم المشقة على الامة ولا باس
في ترك مطلق السنة الا ان يقال المراد بالامة هم الذين يصلون خلفه صلى الله عليه وسلم
او يقال لو اخر دائما لكان سنة من سنن الهدى لا يسعها التارك فيكون مشقة وقيل
الى ما قبل ثلث الليل كما وقع في الهداية لكن علله بالحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم
لولا ان اشق الى اخره فينبغي ان يكون الغاية داخلة تحت المغيا والا لا يتم التقريب تدبر
قال المحشي المرحوم يعقوب باشا ويمكن التوفيق بان الاول في الشتاء والثاني في الصيف
لقلة النوم قال في العناية وقيل في الصيف يعجل كيلا يتقلل الجماعة
والتاخير الى نصف الليل مباح والى النصف الاخير مكروه انتهى
ويستحب تاخير الوتر الى اخر الليل لمن يثق بالانتباه والا فقبل النوم لقوله صلى الله عليه وسلم
من خاف ان لا يقوم اخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم اخر الليل فليوتر
آخر الليل وروي انه عليه السلام قال لابي بكر رضي الله عنه متى توتر قال
اخر الليل فقال عليه السلام له اخذت بالفضل وتعجيل ظهر الشتاء لما روي
عن انس رضي الله عنه انه عليه السلام كان يصلي الظهر في ايام الشتاء ما ندري
اما ذهب من النهار اكثر او ما بقي منه رواه احمد والمغرب مطلقا اي في كل
لما روي انه عليه السلام يصلي المغرب اذا غربت الشمس وتوارت بالحجاب رواه البخاري
ولما روي عنه عليه السلام انه قال لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء
ولان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود فانه صلى الله عليه وسلم قال بادروا
بالمغرب قبل اشتباك النجوم ولا تتشبهوا باليهود فانهم يصلونه والنجوم مشتبكة
وتعجيل العصر والعشاء يوم الغيم لان في تاخير العصر احتمال وقوعه في الوقت المكروه
وفي تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر والطين وتاخيرهما في يوم الغيم يعني الفجر والظهر
والمغرب لان الفجر والظهر لا كراهة في تاخيرهما ومدة ما بين التغير وطلوع الشمس قليلة
فيخاف ان يقع الاداء في وقت الطلوع على ان لضوء الشمس علامة يعرف بها وان كان اليوم يوم غيم
ولو عجل الظهر فيه لم يؤمن من ان يقع قبل الوقت وكذلك تاخير المغرب
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الافضل في الكل هي تاخير جميع صلوات يوم الغيم للاحتياط
لان الاداء يجوز بعد الوقت لا قبله اه

ومنع

ومنع عن الصلاة وسجدة التلاوة وصلاة الجنازة عند الطلوع
والاستواء والغروب لما فرغ من بيان الوقت ومستحباته شرع في بيان
الاوقات التي يكره فيها الصلاة وانما يمنع في هذه الاوقات لحديث عقبة رضي الله عنه وهو قوله ثلاثة اوقات
نهانا النبي صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع
وعند استوائها حتى تزول وحين تتضيف اي تميل للغروب حتى تغرب والمراد بقوله
وان نقبر صلاة الجنازة لان الدفن فيها غير مكروه وكراهية سجدة التلاوة لانها في معنى
الصلاة من حيث انها يشترط لها ما يشترط للصلاة من الطهارة وستر العورة والاستقبال
ثم الحديث باطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض مطلقا والنوافل بمكة
وحجة على ابي يوسف في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال قال صاحب النهاية
في حديث عقبة التخصيص بالثلاث في العدد يفيد الانتفاء عما عداه وقد ذكر الامام السرخسي
في شروط القياس الخامس من الشرط ان لا يكون القليل متضمنا ابطال شيء من الفاظ
المنصوص فلذلك لا يجوز الزيادة على قوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل
بسائر السباع بالقليل وكذلك ذكر في الهداية فقال والقياس على الفواسق ممتنع
لما فيه من ابطال العدد وكذلك اسند للنساء على اكثر الحيض واقله بذكر العدد المنصوص
لكن الحق ههنا بالثلاث المنصوصة اوقات يكره فيها الصلاة وقد ذكر في فتاوى قاضيخان
وتسعة اوقات لا يجوز فيها النفل بعد طلوع الفجر قبل صلاة الفجر لا يجوز الا سنة الفجر
وبعد فريضة الفجر قبل طلوع الشمس وبعد صلاة العصر قبل التغير وبعد غروب الشمس
قبل صلاة المغرب وعند الخطبة يوم الجمعة وعند الاقامة يوم الجمعة وعند خطبة العيدين
وعند خطبة الكسوف وعند خطبة الاستسقاء وتلك التسعة غير هذه الثلاثة فيلزم
ابطال العدد لا محالة فما وجهه قلت انما يلزم ابطال العدد المنصوص ان لو كان حكم المزيد
مثل حكم المزيد عليه كما في الحاق الشافعي سائر السباع بالخمس المنصوصة وفيما نحن فيه ليس كذلك
فان الثلاث المنصوصة حكمها ان لا يجوز فيها الفرائض وكذا النوافل في بعض الروايات
واما التسع الملحقة فيجوز فيها قضاء الفائتة وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة ويكره
لمعنى فيها في حق كل واحد من النوافل وكان هذه الاوقات الثلاثة مروية فكذلك التسع روي بعضها
عن النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس ولكن اثرها
دون العزيمة لما يجيء بيانه فلا يلزم بمثل هذا الالحاق ابطال العدد المنصوص عليه انتهى ما في النهاية
يقول الفقير فيما ذكره من الجواب بحث تدبر في جوابه ثم ان المراد بسجدة التلاوة السجدة التي وجبت
واما اذا تلاها فيها جاز اداؤها فيها من غير كراهة لكن الافضل تاخيرها ليؤديها في الوقت المستحب
وكذا المراد بصلاة الجنازة التي حضرت قبلها لانها ان حضرت فيها جنازة جازت
من غير كراهة والتاخير مكروه لقوله عليه السلام ثلاث لا يؤخرن كذا في الاصلاح
والايضاح الا عصر يومه لان اداءها لا يكره وقت الغروب لانه اداها كما وجبت
فاذا اداها كما وجبت لم يكره قال صدر الشريعة قد ذكر في كتب اصول الفقه
ان الجزء المقارن للاداء سبب لوجوب الصلاة واخر وقت العصر وقت ناقص
اذ هو وقت عبادة الشمس فوجب ناقصا فاذا اداه اداه كما وجب
فاذا اعترض الفساد بالغروب لا تفسد وفي الفجر كل وقته وقت كامل
لان الشمس لا تعبد قبل الطلوع فوجب كاملا فاذا اعترض الفساد
بالطلوع تفسد لانه لم يؤدها كما وجبت انتهى قال المحشي الفاضل
يعقوب باشا وينبغي ان يعلم ان سببية الجزء المقارن بطريق انتقال السببية
من الجزء الاول الى ما يليه مما يليه لا ان الوجوب لا يتحقق الا عند الاداء
والا يلزم ان يتقدم وجوب الاداء في الجزء الضيق على الوجوب
فيما شرع بعد ذلك الجزء وتمام تفصيله في الاصول انتهى

يقول العقير يعقوب القدير
توضيح هذا المحل يحتاج الى بسط مقدمة معترضة في علم الاصول
وهي ان للصلاة وجوبا ووجوب اداء والوجوب الاداء لان الوجوب
يتحقق بدخول الوقت فيكون الجزء الاول منه سببا للوجوب فقط
لا سببا لوجوب الاداء ثم ينتقل الى الجزء الثاني لم يؤد في الاول لا ان ينتقل
الى الجزء الضيق فيكون هو سبب الوجوب وسبب وجوب الاداء ايضا
فاذا خرج الوقت ولم يؤد يكون كل الوقت سببا للوجوب
انما تحقق هذه فاعلم ان مراد المحشي تصحيح كلام صدر الشريعة لان ظاهر
يوهم ان الوجوب يتحقق عند الاداء ولا يتحقق قبله فيلزم منه تقدم
وجوب الاداء على نفس الوجوب اذا لم يؤد في الجزء المضيق فيتحقق عنده
وجوب الاداء فلو كان تحقق نفس الوجوب بالاداء كما يوهمه
ظاهر كلامه يلزم تقديم وجوب الاداء عليه اذا لم يؤد في الجزء
المضيق ايضا • ثم اذا خرج الوقت شرع في الاداء فيتحقق عند الوجوب
وقد يتحقق وجوب الاداء قبله في الجزء المضيق فيلزم تقدم وجوب الاداء
على نفس الوجوب وهو المعتد بخلافه • واما اذا كان سببية الجزء القائم
بطريق الانتقال لم يلزم المحذور لان الوجوب يكون متحققا في اول الوقت
ثم ينتقل الى جزء فجزء الى ان ينتهي هذا خلاصة كلامه ان شاء الله
والعلم في الحقيقة عند الله الملك المتعال • ذي الجلال والجمال •
وعن التنفل معطوف على قوله عن الصلاة في قوله ومنع عن الصلاة
وركعتي الطواف بعد صلاة الفجر والعصر لا لاطلاق ما روي انه
صلى الله عليه وسلم قال لا صلوة بعد صلوة الفجر حتى تطلع وبعد العصر
حتى تغرب من غير فصل بين الفرض والنفل وركعتي الطواف
وهما واجبتان والنبي عليه السلام مع حرصه على النوافل لم يتنفل قبل المغرب
ولم يزد على ركعتي الفجر لا عن قضاء فائتة وسجدة تلاوة وصلوة
جنازة بعدهما • وانما لم يكره هذه الاشياء بعدهما لان كراهة النفل
فيهما لم يكن لمعنى فيهما بل كانت لحق الفرضين ليكون
الوقت كالمشغول بهما دون غيرهما • وانما اختصا بهذا الحكم لان
لهما زيادة شرف على غيرهما لورود الاحاديث في فضلهما • فظهر
اثرهما في حق مزاحمة النفل • لان الفرض التقديري اقوى من النفل ثم بان
ولم يظهر في الفرض والواجب فجاز في هذين الوقتين اما الاول
فلان الفرض الحقيقي وهو قضاء الفرض اقوى من الفرض التقديري •
واما الثاني فلان الواجب ألحق بالفرض والمراد بالواجب لعينه
ولهذا جاز سجدة التلاوة فيهما لانها واجبة بايجاب الله تعالى
بعينها ولم يجز ركعتا الطواف لانهما نافلتان في ذاتهما و
وجبتا لغيرهما وهو ختم الطواف بالصلاة • وكذا لم يجز
نفل شرع فيه ثم افسده لا وجه لصيانة المؤدى عن البطلان
فبقي نفلا في ذاته كذا في الكافي
فعلم من هذا ان ما قال بعض الفقهاء اذا قام للفجر وخاف رجل
فوت الفرض شرع في السنة فيقطعها ويقضيها قبل طلوع الشمس وموضوع
على الامر بالشروع للقطع قبيح شرعا كذا في ابن ملك

علا ان ياتي

وعن التنفل

وعن التنفل بعد طلوع الفجر باكثر من سنته لانه عليه السلام لم يزد
مع حرصه على الصلاة • يعني ان الترك مع الحرص على احراز فضيلة الفعل
دليل الكراهة • وقبل المغرب اي منع عن التنفل بعد الغروب قبل الفرض
لما فيه من تأخير المغرب المستحب تعجيلها اتفاقا • ووقت الخطبة ايا ما كان
اي منع عن الصلاة التنفل في وقت الخطبة ايا ما كانت يعني سواء كانت
خطبة الجمعة او العيد او الخطبة في الحج او خطبة الكسوف او خطبة
الاستسقاء • قال صاحب النهاية لكن وقع لفظ
التحفة بالكراهة ولفظ قاضيخان بلا يجوز • يقول الفقير
ولفظ المص احسن من لفظ الوقاية حيث قال وكره النفل
اذا خرج الامام لخطبة الجمعة حيث خصص الخطبة بخطبة الجمعة • ولفظ المص
عام لجميع الخطب وانما يكره لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة •
وقال صاحب النهاية يجوز الفائتة وقت الخطبة من غير كراهة
وقبل صلاة العيد التنفل قبل صلاة العيد في المصلى وغيره للامام
وغيره مكروه • وقد ورد النهي والانكار في ذلك عن الصحابة
رضوان الله تعالى عليهم اجمعين كثيرا روي ان مسعود وحذيفة رضي الله
عنهما انهما قاما فنهيا الناس عن الصلاة قبل الامام يوم الفطر وروي
ان عليا كرم الله وجهه ورضي عنه خرج الى المصلى فرأى قوما يصلون
فقال ما هذه الصلوة التي لم تكن نعرفها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقيل له الا تنهاهم فقال اكره ان اكون الذي ينهى عبدا اذا صلى
وعن الجمع بين صلاتين في وقت واحد في حضر وسفر
لقوله تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا
اي مؤقتا • وفي الجمع تغيير الوقت • ويجوز الجمع فعلا لا وقتا • وهو تأويل
ما روي انه عليه السلام جمع • وتفسيره انه يؤخر الظهر الى اخر وقتها
ويقدم العصر في اول وقتها • خلافا للشافعي فانه يجوز الجمع بين الظهر
والعصر وبين المغرب والعشاء بعذر المطر او المرض او السفر
الا بعرفة يجمع فيها بين الظهر والعصر في وقت الظهر وبمزدلفة
يجمع بين المغرب والعشاء في وقت العشاء وسيجيء في كتاب الحج •
ومن طهرت في وقت عصر او عشاء صلتهما فقط وفيه خلاف الشافعي
فان من طهرت في وقت العصر صلت الظهر ايضا • ومن طهرت
في وقت العشاء تصلي المغرب ايضا • فان وقت الظهر والعصر عنده
كوقت واحد • وكذا وقت المغرب والعشاء • ولهذا
يجوز الجمع عنده بالعذر • ومن هو اهل فرض في اخر الوقت يقضيه
لا من حاضت فيه • يعني اذا بلغ الصبي واسلم الكافر ولم يبق من الوقت
الا قدر التحريمة يجب عليه قضاء فرض ذلك الوقت • ومن حاضت فيه
او نفست لا تجب لان المعتبر في السببية اخر الوقت عندنا
وعند الشافعي اوله فلا يجب القضاء في الصورة الاولى ويجب في الثانية عنده •

بقيه التوفيق ان يحمل كلامه على الفوائت التي يجب ترتيبها مع الحاضرة وكلام المصدر على غيرها مما لا يجب الترتيب فلا معارضة بين الكلامين كذا في الشرح للبرجندي وغيره
لمحرره

عنها

صلى
انا
شرع لفظ قوله تعالى ارايت الذي ينهى عبدا
لمحرره

الى

باب الاذان

لما كان الاذان اعلاما بدخول سبب الصلاة ناسب ان يذكر عقيبه وفي اللغة الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام وفي الشريعة عبارة عن اعلام مخصوص في اوقات مخصوصة وسبب مشروعيته رؤيا جماعة من الصحابة منهم عمر رضي الله عنه نزول الملك من السماء وتعليم الالفاظ المخصوصة وروى ابو حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه قال ان رجلا من الانصار مر بالنبي صلى الله عليه وسلم فرآه حزينا وكان الرجل ذا طعام فرجع الى بيته واهتم لحزنه فلم يتناول الطعام ولكن نام فاتاه آت فقال اتعلم حزن رسول الله صلى الله عليه وسلم مماذا قال لا قال من الناقوس فمره ليعلم بلالا الاذان وذكره الى آخره لكن المشهور انه صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة كان يؤخر الصلاة تارة ويعجلها اخرى فاستشار الصحابة في علامة يعرفون بها وقت اداء الصلاة كيلا يفوتهم الجماعة فقال بعضهم ينصب راية حتى اذا رآها الناس اعلم بعضهم بعضا فلم يعجبه ذلك واشار بعضهم بضرب الناقوس فكرهه لاجل النصارى وبعضهم بالنفخ بالشبور وهو كثير البوق بالتركي بوري فكرهه لاجل اليهود وبعضهم بايقاد النار فكرهه لاجل المجوس فتفرقوا قبل ان يجتمعوا على شيء قال عبد الله بن زيد بن عبد ربه الانصاري فبت وكنت بين النائم واليقظان اذ رايت شخصا نازلا من السماء وعليه ثوبان اخضران وفي يده شبه الناقوس فقلت اتبيعني هذا فقال ما تصنع به فقلت نضربه عند صلاتنا فقال الا ادلك على ما هو خير من هذا فقلت بلى فقام على حائط مستقبل القبلة فاذن ثم مكث ساعة ثم قام فقال مثل مقالته الاولى وزاد في آخره قد قامت الصلاة مرتين فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبرته بذلك فقال رؤيا صدق او حق القها على بلال فانه اندى صوتا منك فالقيتها فقام على سطح كان اعلى السطوح بالمدينة وجعل يؤذن فجعل عمر رضي الله عنه يهرول ويقول لقد طاف بي الليلة ما طاف بعبد الله الا انه سبقني وروي ان سبعة من الصحابة رأوا تلك الرؤيا في ليلة واحدة وكان ابو حفص محمد بن علي ينكر هذا ويقول تعمدون الى ما هو من معالم الدين وتقولون ثبت بالرؤيا كلا ولكن النبي صلى الله عليه وسلم حين اسري به الى المسجد الاقصى وجمع له النبيون اذن ملك واقام وصلى بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل نزل به جبريل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قال كثير مرة اذن جبريل في السماء فسمعه عمر بن الخطاب رضي الله عنه لكن لا منافاة بين هذه الاسباب لجواز ان يكون الكل سببا كذا في النهاية نقلا عن المبسوط سن للفرائض دون غيرها والجمعة داخلة في الفرائض وكان كونه سنة لها دون غيرها ثبت بالنقل المتواتر لانه ما روي انه اذن للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها من الوتر وصلاة العيدين والكسوف والاستسقاء وصلاة الجنازة والسنن والنوافل وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روي عن محمد ان اهل بلدة في الاسلام اذا تركوا الاذان والاقامة قوتلوا والقتال انما يكون على ترك الواجب دون السنة والجواب انما قال ذلك لانه وان كان سنة الا ان تركه بالاصرار استخفاف بالدين فيلزم القتال وقد نقل عن مكحول انه قال السنة سنتان سنة اخذها هدى وتركها لا باس به وسنة اخذها هدى وتركها ضلالة كالاذان والاقامة وصلاة العيدين والجماعة يقاتلون على اجتماعهم على الضلالة الا ان الواحد اذا ترك ذلك يضرب ويحبس لترك سنة مؤكدة ولا يقاتل لان فعله لا يؤدي الا الى استخفاف بالدين

ولا يؤذن

ولا يؤذن لصلاة قبل وقتها لانه شرع للاعلام بالوقت وفي ذلك تضليل ويعاد فيه اي في الوقت لو فعل خلافا لابي يوسف في الفجر في النصف الاخير من الليل وهو قول الشافعي رحمه الله لان بلالا كان يؤذن رضي الله عنه بالليل ولنا قوله عليه السلام لبلال لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يده عرضا واذان بلال رضي الله عنه لم يكن للصلاة لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال فانه يؤذن ليضجع قائمكم ويتسحر صائمكم ويقوم نائمكم فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن ام مكتوم والكلام في الاذان للصلاة وروي انه صلى الله عليه وسلم غضب لما اذن بلال فيه حتى اداه وقال لئن عدت لمثل هذا لاوجعنك ضربا ويؤذن للفائتة ويقيم لانه صلى الله عليه وسلم قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة رواه البخاري في صحيحه باسناده الى عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه وقصة ليلة التعريس مشهورة وهي حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة لا يقال قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بلالا واقام بدون ذكر الاذان لانا نقول القصة واحدة فالعمل بالزائد اولى ومذهب الشافعي في احد قوليه لا يؤذن ولا يقيم واحتج في ذلك بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين شغله الكفار عن اربع صلوات يوم الخندق قضاهن بغير اذان ولا اقامة ولنا ما روى صاحب الاملاء عن ابي يوسف باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين شغله الكفار قضاهن باذان واقامة والفضل ايضا للمثبت لان القصة واحدة واحتج الشافعي ايضا بان الاذان شرع للاعلام بالناس بدخول الوقت وللدعاء الى الاجتماع وكلا الامرين لا يحتاج اليهما في الفائتة على انهم ان كانوا متفرقين والدعاء الى الاجتماع لا يفيد لانهم لا يعرفون انه للفائتة قلنا ان الاذان شرع لهذا وشرع ايضا لتحصيل الثواب بذكر هذه الكلمات الا يرى ان المنفرد الافضل له ان يؤذن ويقيم والمسافر كذلك كذا في النهاية وكذا الاولى للفوائت اي يؤذن ويقيم وخير في البواقي اي يأتي بهما ليكون القضاء على حسب الاداء او يأتي بها فقط لان الاذان للاستحضار وهم حاضرون قال صاحب الهداية وعن محمد في غير رواية الاصول انه يقام لما بعدها يعني اذا فاتت صلاة يقضي الاولى باذان واقامة والبواقي بالاقامة فقط ولا يخير قال ابو بكر الرازي يحتمل ان يكون هذا قولهم جميعا وكره تركهما للمسافر لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة اذا سافرتما فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما سنا قيل ولو ترك الاذان لا يكره لانه للاستحضار والرفقة حاضرون يقول الفقير يجوز ان يكون بعض الرفقة غير حاضر بل مشغولا بحاجة دائمة او باحضار الماء والعلف وغيرهما فيكون الاذان لاستحضار الجميع واما الاقامة فمكروه تركها لانها للاعلام بالافتتاح وهم محتاجون اليه لا لمصل في بيته في المصر قال صاحب الهداية فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا اي يكفينا الاذان والاقامة وفي رواية يكفينا اذان الحي واقامته وذلك لان المؤذن نائب عن اهل المحلة في الاذان والاقامة لنصبهم اياه لذلك فكان المصلي في البيت بغير اذان واقامة حقيقة مصليا بهما حكما فلا يكره تركهما بخلاف المسافر ان صلى وحده بغير اذان واقامة يكره لكونه تاركا لهما حقيقة وحكما

قال صدر الشريعة في قول صاحب الوقاية ويكره تركهما للمسافر
اي ترك كل واحد منهما للمسافر• واما ترك واحد منهما فلم يذكر فيقول
المسافر يجوز له الاكتفاء بالاقامة والمصلي في بيته في مصر ان ترك كلا منهما يجوز
لقول ابن مسعود رضي الله عنه وهذا اذا اذن واقيم في مسجد حيه واما في اخرى
فان كان فيها مسجد فيه اذان واقامة فحكم المصلي في بيته ان يكفيه اذان الحي
واقامته وان لم يكن فيها مسجد كذلك فمن يصلي في بيته حكم المسافر•
وندبا اي الاذان والاقامة لهما اي للمسافر والمصلي في بيته خلافا لمالك•
فانه قال اذا صلى وحده في الصحراء او في بيته لا يؤذن ولا يقيم لانهما شعار الجماعة
فلا يقام بدونها يقول الفقير فيه شئ مخالفة بقوله ويكره تركهما للمسافر
لانه لا كراهة في ترك المندوب ولم نجده في غير الكنز تتبع لا للنساء
لانهما من سنن الجماعة المستحبة وجماعتهن مكروهة كما سيجيء ان شاء الله تعالى
وصفة الاذان معروفة فيزاد بعد فلاح اذان الفجر الصلوة خير من النوم مرتين
لان بلالا رضي الله عنه اذن لصلاة الفجر ثم جاء الى باب حجرة عائشة رضي الله عنها فقال
الصلاة يا رسول الله فقالت عائشة الرسول نائم فقال بلال الصلاة خير من النوم
فلما اخبرته عائشة رضي الله عنها استحسنه صلى الله عليه وسلم وقال
لبلال اجعله في اذانك وخص الفجر لانه وقت نوم وغفلة هو
والاقامة مثله فيزاد بعد فلاحها قد قامت الصلوة مرتين الفلاح
هكذا نقل الملك النازل من السماء اي اقام مثل ما اذن وزاد في الاقامة بعد
قد قامت الصلاة مرتين وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي في قوله
انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلاة فانه عنده مثنى واستدل
بحديث انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بلالا كذلك
قلنا المعتمد ما نقل الملك النازل وهو المشهور• وفي التكرار في الاقامة جميعا
وروي عن علي كرم الله وجهه انه مر بمؤذن يوتر الاقامة فقال اشفعها لا
ام لك ويترسل فيه بيان السنن التي فيه وهي نوعان ما يرجع الى نفس الاذان
وما يرجع الى صفات المؤذن الثاني ان يكون ذكرا عاقلا صالحا كما سيجيء ان شاء الله تعالى
والاول هو ان يأتي به رافعا صوته ويفصل بين كلمتي الاذان بسكتة
مطولا كما مطار وهو الترسل من ترسل في اذانه اذا تمهل فيه هو
ويحدر فيها اي لا يفصل بين كلمتي الاقامة بل يجعلهما كلاما واحدا
وهو الحدر ويكون صوته فيها اخفض من صوته في الاذان• ويرتب
بين كلمات الاذان والاقامة فان قدم بعضها او اخر بعضا فالافضل الاعادة
مراعاة الترتيب ويكره الترجيع وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما
وقال الشافعي فيه ترجيع لحديث ابي محذورة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بالترجيع
ولنا ان لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا يعني امره رسول الله
بالتكرار حالة التعليم ليحسن تعلمه وفي تلك الحادثة عليه السلام فيما بيع اصحابه فظن الراوي
انه امره بالترجيع ذكر في الاسرار ان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك لحكمة روي
وهي ان ابا محذورة كان يبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الاسلام البغض فلما اسلم
امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاذان فلما بلغ كلمات الشهادة خفض صوته استحياء
فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وعرك اذنه وقال له ارجع وامدد بها صوتك اما ليعلم
انه لا حياء من الحق او ليزيد محبته للرسول صلى الله عليه وسلم بتكرار كلمة الشهادة• هو

قال المحشي

قال المحشي يعقوب باشا المفهوم من شرح المجمع ان الترجيع ليس
من سنة الاذان عندنا خلافا للشافعي ويكره التلحين وهو التغني
بناء لحن في القراءة طرب وترنم ماخوذ من الحان الاغاني وهي جمع اغنية على وزن
افعولة وهي التغني فلا ينقص شيئا من حروفه ولا يزيد في اثنائه حرفا• وكذا
لا يزيد ولا ينقص من كيفيات الحروف كالحركات والسكنات والمدات وغير ذلك
لتحسين الصوت واما مجرد تحسين الصوت بلا تغيير لفظ فحسن ويستقبل بهما
القبلة لان ملك النازل من السماء اذن واقام مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال
جاز لحصول المقصود ولكن يكره لمخالفة السنة ويحول وجهه يمنة ويسرة
عند حي على الصلاة وحي على الفلاح لانه خطاب للقوم فيواجههم به ويدل على
انه خطاب للقوم انه ينبغي ان يقول السامع للاذان عند مجيء المؤذن الحيعلتين
لا حول ولا قوة الا بالله او ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن وبدله
سيكون لانه خطاب فيدعو الطاعة وسؤال الحول والقوة من الله تعالى
ولا يقول فيهما مثل ما قال المؤذن لانه يصير كالمستهزئ به وكذا اذا قال
الصلاة خير من النوم ان يقول صدقت وبالحق نطقت فان قيل لو كان
كذلك لحول وراءه ايضا لان القوم كما يكونون فيهما يكونون وراءه
واجيب بانه انما لم يحول وراءه لان استدبار القبلة فاكتفي بما
يحصل له من بلوغ الصوت الى وراءه عند تحويل وجهه يمينا وشمالا•
ولما روي ان بلالا لما بلغ حي على الصلاة والفلاح حول وجهه يمينا وشمالا•
ويستدير في صومعته ان لم يتم التحويل مع اتقانه قال صاحب الدرر ويلتفت
في الحيعلتين يمينا ويسارا ان امكن الاسماع بالثبات في مكانه والا استدار
في صومعته يعني اذا كان المأذنة بحيث لو حول وجهه مع ثبات قدميه لا يحصل
الاعلام استدار فيها فيخرج رأسه من الكوة اليمنى ويقول حي على الصلاة
ثم يذهب الى الكوة اليسرى فيخرج رأسه ويقول حي على الفلاح انتهى
يقول الفقير كلام المصنف موافق له ولقد احسنا الله درهما ووقع في كلام
صاحب الوقاية ويستدير في صومعته ان لم يمكن التحويل مع الثبات في مكانه•
ثم فسره صاحبه صدر الشريعة بقوله المراد انه ان كان المأذنة بحيث
لو حول وجهه مع ثبات قدميه لا يحصل الاعلام فحينئذ يستدير فيها دفعا لما
يرد على صاحب الوقاية من انه كيف لا يمكن التحويل فالمناسب
التحويل الى الاعلام فيكون مراد صاحب الوقاية ان لم يمكن التحويل المؤدي
الى الاعلام مع الثبات في مكانه لكنه بعيد ولهذا غير صاحب الاصلاح في
وقال ان لم يمكن الاعلام• ويمكن ان يقال ان مراد صاحب الوقاية
من التحويل الصوت لكنه ابعد كما لا يخفى• ويجعل اصبعيه في اذنيه
بين للمنار صلى الله عليه وسلم بلالا وقال انه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل لا بأس
لانه ليس بسنة اصلية كذا في الهداية قال صاحب العناية الاذان حسن
لا ترك الفعل لانه وان لم يكن من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث
عبد الله بن زيد وهو الاصل في باب الاذان لكن امر النبي صلى الله عليه وسلم بلالا فلا بد
ان يوصف تركه بالحسن وكان معناه الاذان بذلك الفعل حسن ومن تركه يكون حسنا
قال المولى الفاضل سعدي افندي وفيه بحث لان قوله الصلاة خير من النوم في اذان
الفجر ليس من السنن الاصلية حيث لم يذكر في حديث عبد الله بن زيد بل امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بجعله في الاذان فيكون تركه حسنا فعله احسن ولم يقل به احد

ولا يتكلم في اثنائهما لانه يخل بالتعظيم وتغيير النظم وهو اشارة الى سنية
الموالاة بين كلماتها حتى لو تركت فالسنة ان يعيدهما
ويجلس بينهما لا خلاف ان وصل الاذان بالاقامة مكروه لان المقصود بالاذان
اعلام الناس بدخول الوقت ليتأهبوا للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد
لاقامة الصلاة وبالوصل ينتفي هذا المقصود فان كانت الصلاة مما يتطوع
قبلها سواء كان مسنونا او مستحبا يفصل بينهما بالصلاة لقوله عليه السلام
بين كل اذانين صلوة قالها ثلاثا وقال في الثالثة لمن شاء فان لم يصل
يجلس بينهما لحصول المقصود الا في المغرب فيفصل بسكتة يعني
اتفقوا على ان الفصل لا بد فيه ايضا لكنهم اختلفوا في مقداره
فعند ابي حنيفة المستحب ان يفصل بينهما بسكتة يسكت قائما مقدار ما
يتمكن فيه من قراءة ثلاث آيات قصار او آية طويلة او مقدار ما يخطو ثلاث
خطوات ثم يقيم وقالا بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين
واستحسن المتاخرون التثويب في كل الصلوة وهو العود الى الاعلام
بعد الاعلام وفي اللغة الرجوع عبارة عن الرجوع ومنه سمي الثواب لان منفعة عمله
تعود اليه وكره المتقدمون التثويب في غير الفجر خاصة وكره في سائر
الصلوات لما روي ان عليا كرم الله وجهه رأى مؤذنا يثوب في العشاء
فقال اخرجوا هذا المبتدع من المسجد ولحديث مجاهد رحمه الله قال
دخلت مع ابن عمر رضي الله عنهما مسجدا يصلي فيه الظهر فسمع المؤذن يثوب
فغضب وقال قم حتى نخرج من هذا المبتدع فانه ما كان التثويب على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في صلاة الفجر لان صلاة الفجر يؤدى
في حال نوم الناس ولذا اختصت بالتطويل في القراءة فخصت ايضا بالتثويب
في اذانها كيلا يفوت الناس الجماعة وهذا المعنى لا يوجد في غيرها
لكن جوزه ابو يوسف في كل الصلوات واختاره المتاخرون
لكن تخصيص ابي يوسف فيما عدا المغرب وبعضهم خصه لمتفرقي الامر
اي لمن يستغرقهم وتقيده لمصالح المسلمين كالامراء والقضاة و
المفتين لانهم لا يعرفون وقت الحضور لشغلهم بامور المسلمين كذا في
قال صاحب الهداية والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين
بين الاذان والاقامة حسن وقال في البناية سماه حسنا لما روي
عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن
ثم قال صاحب الهداية وكره في سائر الصلوات ومعناه العود الى الاعلام
بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوا اهل كل بلدة على حسب
اما بالتنحنح او بقوله الصلاة الصلاة او بقوله قامت لانه للمبالغة في
الاعلام وانما يحصل ذلك بما يتعارفونه كذا في النهاية والعناية ثم
قال صاحب الهداية وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة
اي قول حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة لتغير
احوال الناس وخصوا بالفجر لانه وقت نوم وغفلة
والمتاخرون استحسنوا في الصلوات كلها للتواني في الامور الدينية
قال ابو يوسف لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير
والقاضي والمفتي في الصلوات كلها السلام عليكم ورحمة
الله وبركاته حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله

واستبعده

واستبعده محمد لان الناس سواء في امر الجماعة وابو يوسف خصهم
بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا يفوتهم الجماعة انتهى ما ذكره
صاحب الهداية قال صاحب النهاية وقد روي ان عمر رضي الله عنه
لما كثر اشتغاله بنفسه يحفظ عليه صلاته ثم ان محمدا كره هذا وقال
اف لابي يوسف حيث خص الامراء بالذكر والتثويب وروي ان عمر رضي الله عنه
حين اتاه مؤذن مكة يؤذنه بالصلاة فانتهره وقال اما يكفي في اذانك
ما يكفينا وفي الجامع الصغير لقاضيخان وانما قال ابو يوسف
في امراء زمانه لانهم كانوا مشغولين بالنظر في امور الرعية فاختص زيادة
الاعلام في حقهم ولا كذلك الامراء في زماننا قيل لا ينبغي لاحد ان يقول لمن فوقه
في العلم والجاه حان وقت الصلاة سوى المؤذن ويؤذن ويقيم على طهر لانه
ذكر الله تعالى فيستحب فيهما الطهارة كقراءة القرآن وجاز اذان المحدث لحصول المقصود
ولا يكره في الصحيح وقيل يكره لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب اليه بنفسه
ويدخل تحت قوله تعالى اتامرون الناس بالبر وتنسون انفسكم وكره اقامته
لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلاة باعمال الوضوء والاقامة شرعت
متصلة بالشروع في الصلاة وفي رواية لا يكره لانه احد الاذانين
والاذان لا يكره فكذا الاقامة وكره اذان الجنب وهو رواية
واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين بين اذان الجنب واذان
المحدث هو ان للاذان شبها بالصلاة من حيث انه يشترط له وقت الصلاة
واستقبال القبلة ومن حيث الشروع بقوله الله اكبر ومن حيث
الترتيب حتى لو قدم الكلمات بعضها على بعض يعيد الاذان لكنه
ليس بصلاة حقيقية وانما هو ذكر فلما ثبت له شبهها قلنا باشتراط
الطهارة عن اغلظ الحدث وهو الجنابة دون اخفهما وهو الحدث الاصغر
ويعاد لان تكرار الاذان مفيد بل مشروع في الجملة كما في الجمعة
قال صاحب الهداية وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء
واقام لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد اما الاول فلخفة الحدث
واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان
ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وان لم يعد اجزأها
يعني الصلاة لان الصلاة جائزة بدون الاذان والاقامة كاذان
المرأة والمجنون والسكران فان اذان هؤلاء يعاد كذا في الخلاصة
لان المرأة ان رفعت صوتها فقد باشرت منكرا لان صوتها عورة
وان لم ترفع فقد اخلت بالاعلام الذي هو المقصود فيعاد اذانها ندبا
والمجنون والسكران لا يعلمان ما يقولان وقيل في ظاهر الرواية
يستحب اعادة اذان اربعة الجنب والمرأة والسكران والمعتوه
الذي لا يعقل وفي غير ظاهر الرواية لا يعاد اذان هؤلاء الاربعة
ولا تعاد الاقامة لان تكرارها غير مفيد بل غير مشروع

ويستحب كون المؤذن عالماً بالسنة والاوقات
لقوله صلى الله عليه وسلم ليؤذن لكم خياركم وخيارهم من كان عالماً
باحكام الشرع لان للاذان سنناً وآداباً فلا بد من العلم بها
وفي المبسوط ان الاذان ذكر معظم فيختار له من يكون محترماً
في الناس ويتبرك به وفي الفائق قال عمر رضي الله عنه لو اطيق الاذان
مع الخليفي لاذنت يعني مع الخلافة وقال شمس الائمة اذان الامام
بنفسه اولى لان المؤذن يدعو الى الله تعالى فمن يكون اعلى رتبة
فهنا فهو اولى بالدعوة وقد اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم واقام
في بعض الاوقات حتى روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال كنت
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فلما زالت الشمس اذن واقام
وصلى الظهر وكره اذان الفاسق والصبي والقاعد
اما اذان الفاسق والصبي فلما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
ليؤذن لكم خياركم واما اذان القاعد فلما فيه من اخلال
الاعلام الذي هو المقصود من الاذان وعلى هذا قال الا ان يؤذن لنفسه
مراعاة لسنة الاذان لعدم الحاجة الى الاعلام قال في الخزانة
خمسة نفر يكره اذانهم فاذا اذنوا يعاد اذانهم الصبي الذي لا يعقل
والمرأة والجنب والمجنون والسكران وثمانية يكره اذانهم
ولا يعاد المحدث والقاعد والراكب والفاسق انتهى
واذان المسافر راكباً او ماشياً او الى غير القبلة جائز
ولكن ينزل للاقامة كذا في البناية
لا اذان العبد والاعمى والاعرابي وولد الزنا لان الفضل الاعلام
وهو يحصل باذانهم واذا قال حي على الصلوة قام الامام والجماعة
قال في الذخيرة يقوم الامام والقوم اذا قال المؤذن
حي على الصلاة عند علمائنا الثلاثة للاجابة وقال
الحسن بن زياد وزفر اذا قال قد قامت الصلاة فاذا قال الصف
واذا قال مرة ثانية كبروا والصحيح قول علمائنا الثلاثة
واذا قال قد قامت الصلوة شرعوا كيلا يفضي الى تكذيب المؤذن
قال صاحب الاصلاح والايضاح قال في الذخيرة قال
ابو حنيفة يكبر قوله قد قامت الصلوة هكذا ذكر في النوادر فانه
يدل على انهم عند حي على الفلاح وظاهر الكتاب
يوجب ان يكبر قوله قد قامت بعد فراغ المؤذن عن قوله قد قامت الصلاة
قال شمس الائمة الحلواني الصحيح ما ذكره في النوادر يقول الفقير لفظ قد قامت
يفيد تقريب الماضي من الحال فلا يلزم الشروع قبله بل يكفي ان يشرع
عقيب قوله قامت وان كان المؤذن اماماً او هو المؤذن فالى لا يقيمون حتى يحضر
لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقوموا حتى تروني ثم ولانه لا فائدة في القيام

باب شروط الصلاة

لما ذكر السبب وما هو علامة عليه ذكر الشروط وهي جمع شرط قال صاحب القاموس
الشرط الزام الشيء والتزامه كالشريطة جمعه شروط والشرط بالتحريك العلامة جمعه اشراط
وقال الجوهري والشرط معروف وكذا الشريطة والجمع شروط وشرائط وقد شرط عليه
كذا بشرط واشترط عليه والشرط بالتحريك العلامة انتهى يقول الفقير وبهذا تبين
ان قول صاحب العناية الشروط جمع شرط وهو العلامة ليس بسديد لكونه مخالفاً
لكتب اللغة لان ما بمعنى العلامة هو الشرط بالتحريك لا الشرط بسكون الراء على ما نقلت
آنفاً من الجوهري والقاموس وفي الاصطلاح ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلاً
قال صاحب الهداية هذا باب الشروط التي تتقدمها قال صاحب العناية قوله التي يتقدمها
صفة مؤكدة لا مميزة اذ ليس من الشروط ما لا يتقدمها حتى يكون احترازاً منه وهو قريب
من اسلوب قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا لكن قال صاحب النهاية فان قلت
ما معنى تقييد هذه الشروط بقوله التي يتقدمها فاي شرط للصلاة لا يتقدم عليها حتى يكون
هو محترزاً به عنه قلت الشروط في انفسها تتنوع على ما عرف انواع ثلاثة شروط عقلية
كوجود الالم واللذة مع الحياة وجعلية اي يجعلها العباد شرطاً كالامر في نفس الشرط
كوقوع الطلاق عند دخول الدار مع التعليق وشرعية وهي التي نحن فيها كالصلاة فالطهارة
وقيد بهذا القيد تنبيهاً على ان المراد بها هذه الشروط التي يقع عليها اسم الشرط
من العقلية والجعلية كذا وجد بخط نفسه او نقول جاز ان يكون هذا احترازاً
عن سائر شروط الصلاة التي لا يتقدمها كالقعدة الاخيرة فقد قيل انه فرض وليس
بل هي شرط الخروج من الصلاة كالتحريمة فانها شرط الدخول في الصلاة وليس بركن
وكترتيب افعال الصلاة فيما لم يشرع مكرراً في الركعة كترتيب الركوع على القراءة والسجود على
فان رعاية شرط جواز الصلاة حتى لو قدم الركوع على القراءة لا يجوز وكذلك
مراعاة مقام الامام مع المقتدي وعدم تذكر فائتة قبلها وهو صاحب ترتيب وعدم محاذاة
في صلاة مشتركة فان هذه الاشياء شروط جواز الصلاة التي لا تتقدمها حتى لو تقدم
المقتدي على امامه او تذكر المصلي فائتة قبلها او حاذته امرأة تفسد صلاته والاوجه
ان هذه صفة مقررة لا مميزة لان مقصوده ذكر شروط الصلاة التي يقع
اسم شروط الصلاة عليها مطلقاً وهي هذه الاشياء المذكورة لا غيرها ومثل هذا يوجد
في كلام الله تعالى حيث يقيد الشيء بالصفة والتقييد غير مراد بل المراد ذكر المطلق
كقوله تعالى يا ايها النبي انا احللنا لك الى قوله وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك
واحلال بنات خالات النبي صلى الله عليه وسلم له غير موقوف على المهاجرة معه وكذلك قوله تعالى
يحكم بها النبيون الذين اسلموا وقوله تعالى ولكن تعمى القلوب التي في الصدور مع انه حيث لا يوجد
ولا قلوب ليست في الصدور انتهى قال صاحب الاصلاح والايضاح لا بتعرض هذا القيد
احترازاً عن الشروط التي لا يتقدمها بل يقارنها او يتأخر عنها وهي التي تذكر في
كالتحريمة او ترتيبه والخروج بصنعه والمراد شروط صحة الصلاة لا شروط الوجوب
فلذا للشرح تنوعها الى نوعين ثم قال الحاشية فالقول بانه صفة مؤكدة لا مميزة من قلة
وقال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر وفيه انه مخالف لتعليم الشرط
ما يتوقف عليه وجود الشيء ولا يدخل في الذات بل هذه الامور غير داخلة ايضاً
في ماهية الصلاة وهي الافعال المخصوصة والتحقيق ان الشرط قد يكون
شرط الانعقاد وقد يكون شرط البقاء والبقاء والمراد من شروط الصلاة هي الاول
ولذا لا تحمل الصفة على الصفة الكاشفة واما ان نظر الى عموم مفهوم الشرط جعلها صفة مخصصة
يقول الفقير بهذا قال صاحب الاصلاح والايضاح والمراد شروط صحة الصلاة لا شروط الوجوب
لا يرد عليهم كلام الفاضل المذكور بالمعاد ثم ان قول صاحب النهاية ولا وجه فيه يقول الى آخره

كان نعمات ابيه بالخريه
الانواع ثلاثة
ق
بركعتين
الركوع
المرأة
يقول
بني عليهم
باب شروط الصلاة
التميز انتهى
انتهى
بحث نفيسة في وجه ... لله

هي طهارة بدن المصلي من حدث وخبث وثوبه ومكانه لقوله تعالى وان كنتم جنبا
فاطهروا ولآية الوضوء وقوله تعالى وثيابك فطهر واذا وجب التطهير في الثوب وجب في بدن
المصلي ومكانه اذ هما الزم للمصلي من الثوب اذ لا وجود للصلاة بدونهما بخلاف الثوب
وقد سبق تفصيله في اول باب الانجاس يقول الفقير عبارة المصنف يوهم ان يكون التقدير هكذا
وطهارة ثوبه ومكانه من حدث وخبث وفساده لا يخفى ولذا غير صاحب الاصلاح والايضاح
وصاحب الدرر والغرر حيث قال لا طهارة ثوبه ومكانه من خبث وبدنه منه ومن حدث انتهى
وانت خبير بان وجه اندفاعه اظهر من ان يخفى فان القرينة الحالية معينة للمراد وكافية في دفع
الفساد خصوصا فيما يكون الاختصار معتبرا والايجاز دابا ملتزما وستر عورته
لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد والمراد ستر العورة لاجل الصلاة لا لاجل الناس
في الاسواق لان الناس اكثر منهم في المساجد فلو كان لاجلهم لقال عند دخول الاسواق او
عند الجمع فكان معناه خذوا ما يواري عورتكم من الثوب الذي يحصل به الزينة عنها وهو حاصل
لا يكون الا بهذا الحمل على الحال فان قيل روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انها الطواف
فكان في قوله خذوا زينتكم اطلاق اسم الحال على المحل وفي قوله عند كل مسجد اطلاق اسم المحل
فان قيل روي عن ابن عباس رض انها نزلت في شان الطواف لا في حق الصلاة فلا يكون حجة
في وجوب الشرط في حق الصلاة اجيب بان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب
وههنا عموم في اللفظ لانه قال كل مسجد فقد امر باخذ الزينة عند كل مسجد وهنا ما يمنع
القصر على المسجد الواحد وهو المسجد الحرام كذا في النهاية يقول الفقير كلامه يوهم كون المسجد على حقيقته
وقد قال قبله فيه اطلاق اسم المحل على الحال لانه بمعنى الصلاة الحقيقي متروكا بالكلية في الاستعمال
ثم ستر العورة عن الغير شرط بلا خلاف واما الستر عن نفسه فالصحيح انه ليس بشرط حتى لو كان
محلول الجيب فنظر الى عورته لا تفسد صلاته كذا في التبيين واستقبال القبلة
لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره اي شطر المسجد الحرام ووجه الاستدلال ان الله تعالى
قال فلنولينك قبلة ترضاها ثم امر بالتوجه شطر المسجد الحرام ومضى على ذلك الصحابة
والتابعون رضوان الله عليهم اجمعين فكان اجماعا على ذلك والنية اي ان ينوي الصلاة التي
يدخل فيها والاصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات اي حكم الاعمال
وثوابها ملصق بها ولان ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة
فلا بد من التمييز بينهما ولا يقع التمييز الا بالنية وعورة الرجل من تحت سرته الى تحت
ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته
حتى يجاوز ركبته فظهر من قوله ما دون سرته وما بين سرته ان السرة ليست بعورة خلافا للشافعي
والركبة من العورة خلافا له ايضا يقول الفقير قديما كان يختلج في صدري انه ما السر في عدم كون السرة
عورة وكون الركبة عورة بل كون السرة عورة اولى من الركبة لانها في الاشتهاء فوق الركبة يدل
عليه كذلك التجربة على ان السرة قريبة الى السوءة من الركبة ثم وجدت بعد زمان
في النهاية انه قال في المبسوط خلافا لابي عصمة المروزي رحمه الله حيث قال ان السرة
احد حدي العورة فيكون من العورة كالركبة بل اولى لانها في معنى الاشتهاء فوق
الركبة انتهى ... من كلامه العورة لانها مشتهيات
وقال صاحب النهاية اختلفوا في الركبة مع الفخذ منهم من جعل كل واحد منهما
عضوا على حدة ومنهم من جعل الركبة مع الفخذ عضوا واحدا حتى لو صلى
فيعتبر انكشاف ربع الكل قال صاحب الهداية في الخنثى من الركبة الى اخر الفخذ
عضو واحد حتى لو صلى والركبتان مكشوفتان والفخذ مغطى جازت صلاته
لان نفس الركبة من الفخذ اقل من الربع وقد قيل انها بانفرادها عضو لكن الاول
اصح لانه ليس عضوا على حدة في الحقيقة بل ملتقى عظم الفخذ والساق
ولما حرم النظر اليهما من الرجال لتعذر التمييز انتهى

والامة مثله

والامة مثله في كون ما دون سرتها الى ركبتها عورة مع زيادة بطنها وظهرها وما
سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتشبهين
بالحرائر حين رأى جارية متقنعة فعلاها بالدرة فقال ولانها تخرج لحاجة مولاها في
ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج وكون بطنها
وظهرها عورة لانهما مشتهيان والمكاتبة والمدبرة وام الولد كالامة قال
صاحب العناية ومن كان في رقبتها شيء من الرق فهو في معنى الامة
وجميع بدن الحرة عورة الا وجهها وكفيها لقوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة
مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما لان المرأة لا تجد بدا من مزاولة الاشياء
بيديها ومن كشف وجهها لا سيما في الشهادة والمحاكمة والنكاح والا قدميها في رواية
لانها تضطر الى المشي في الطرقات خصوصا الفقيرات منهن وهو معنى قوله تعالى الا ما ظهر
اي الا ما جرت العادة والجبلة على ظهوره وفي رواية عورة واختار الكرخي عدم كونهما عورة
قال صاحب الهداية وهو الاصح قال صاحب العناية في وجهه لانها تبتلى بابداء القدم
اذا مشت حافية او متنعلة وربما لا تجد الخف على ان الاشتهاء لا يحصل بالنظر الى القدم
كما يحصل بالنظر الى الوجه فاذا لم يكن الوجه عورة مع كثرة الاشتهاء فالقدم اولى
وفي المنتقى تمنع الشابة عن كشف وجهها لئلا يؤدي الى الفتنة وفي زماننا المنع واجب
يقول الفقير والى الله تعالى الشكر في زماننا لان المنع عن كشف وجههن في جميع البلاد
المنسوبة الى السلاطين العثمانية واقع على ابلغ وجه واكمله وليس هذا الا لاطلاع
[…] الشرع الشريف كونهم ثابتين على مذهب اهل السنة والجماعة [… جناب]
الحق سبحانه […] الى انقراض الزمان وكون من خرج عن طاعتهم وقصد
[…] هيبتهم كانما […] مغلوبا بسيف دولتهم […]
وكشف ربع عضو هو عورة يمنع جواز الصلوة كالبطن والفخذ والساق
وشعرها النازل فقد ذكره بعضهم والانثيين وحدهما وحلقة الدبر بغيرهما وعند
ابي يوسف انما يمنع انكشاف الاكثر وفي النصف عنه روايتان اعلم
ان اصحابنا اتفقوا على ان قليل الانكشاف معفو وكثيره ليس بمعفو لكن اختلفوا
في الحد الفاصل بينهما فقال ابو حنيفة ومحمد الربع كثير وما دونه قليل لان الربع يحكي حكاية الكمال
يعني ان الربع اقيم مقام الكل في مواضع كثيرة من الاحكام واستعمال الكلام كمسح الرأس
والحلق في الاحرام ويقال رأيت فلانا وانما رأى احدى جهاته الاربع كالوجه مثلا فكذا
ههنا احتياطا في باب العبادة ولو اعترضنا بان اعتبار هذا بمسح الرأس غير مستقيم
لان مسح كل الرأس لم يكن واجبا حتى يقوم الربع مقام الكل بل الواجب فيه بعض الرأس
واجيب بان الاصل في الرأس كله كما في غسل الوجه لان التطهير الحقيقي بالوضوء
الا ان الشارع اكتفى بالبعض عن الكل دفعا للضرورة فكان الربع قائما مقام الكل
وقال ابو يوسف ما دون النصف قليل لان الشيء لا يوصف بالكثرة الا اذا كان ما
يقابله اقل منه لان القليل والكثير من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان
في رواية يمنع لانه خرج عن حد القلة وفي رواية لا يمنع لانه لم يدخل في حد الكثرة
ثم ان البطن عضو والفخذ عضو والساق عضو والشعر النازل عن الرأس عضو اي
قال صاحب الكافي المراد بالشعر النازل عن الرأس لانه جمع في الاصل بين الرأس والشعر والمراد
بالرأس ما عليه الشعر وهو عورة اجماعا فثبت ان المراد بالشعر النازل
وفي رواية ليس بعورة لكن مع هذا لا يحل النظر اليه لا لانه عورة بل لان النظر […]
الى الشعر […] فتنة وعند […] في الجنابة موضع […] في الصحيح بخلاف شعر الرجال
والذكر يعتبر عضوا بانفراده يمنع انكشاف ربعه عندهما والانكشاف اكثر عند ابي يوسف
وفي النصف عنه روايتان وكذا الانثيان وحدهما عضو دون الذكر وعند محمد

وعادم ما يزيل النجاسة يصلي معها ولا يعيد الصلاة لان التكليف بقدر الوسع وما في قوله وعادم بالقصر ليشاول المايعات جميعا ولو وجد ثوبا ربعه طاهر وصلى عريانا لا يجزئه بل يلزم ان يصلي فيه لان ربع الشيء يقوم مقام الكل وفي اقل من ربعه يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه لان كل واحد من الانكشاف والنجاسة مانع جواز الصلاة حالة الاختيار فيستويان في حق المقدار اذ قليل الانكشاف عفو كقليل النجاسة والكثير منهما مانع فلما كان كذلك ثبت المساواة بينهما في المانعية من غير رجحان لاحدهما على الاخر فيختار ايهما شاء ولكن فضل الصلوة به وانما صارت افضل لان ستر العورة لا يختص بالصلاة حيث يجب سترها في غيرها والطهارة مختصة بالصلاة لعدم وجوبها في غير الصلاة فكانت رعاية ما كان واجبا دائما اولى مما كان واجبا في حال دون حال وعند محمد يلزم لان الصلاة فيه ترك فرض واحد فيلزم الصلاة فيه وان لم يجد ما يستر عورته فصلى قائما بركوع وسجود جاز والافضل ان يصلي قاعدا بايماء هكذا نقل اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس وما كان كذلك كان اكد ولان الايماء خلف عن الركوع والسجود فتركهما كلا ترك بخلاف الستر لانه لا خلف له وقبلة من بمكة عين الكعبة حتى لو صلى مكي في بيته في مكة ينبغي ان يصلي بحيث لو ازيلت الجدار يقع استقباله على شطر الكعبة وقبلة من بعد جهتها لانه ليس في وسعه الا هذا والتكليف بحسب الوسع قال الجرجاني فرض الغائب اصابة عينها لان المامور به ذلك ولا فصل في النص وفائدة الخلاف تظهر في اشتراط نية الكعبة فعنده يشترط وعند غيره لا يشترط وهذا لانه لما كانت اصابة عينها فرضا للافاقي ويمكنه اصابة عينها عنده ولما كان الشرط اصابة جهتها حال غيبتها الا من حيث النية شرط نية عينها وعند غيره لما كان الشرط اصابة جهتها لمن كان غايبا عنها وذلك يحصل من غير نية العين لم يكن له حاجة الى اشتراط نية العين واما نية الكعبة بعد ما توجه اليها هل يشترط اولا كان الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يقول انه يشترط وكان الشيخ ابو بكر محمد بن حامد يقول بانه لا يشترط لجواز الصلاة وذكر في التجنيس ان نية الكعبة ليست بشرط في الصحيح من الجواب لان استقبال البيت شرط من الشرائط فلا يشترط فيه النية كالوضوء وبعض المشايخ يقول ان كان يصلي الى المحراب فكما قال الحامدي وان كان في الصحراء فكما قال الفضلي وذكر الزندويستي ان الكعبة قبلة من يصلي في المسجد الحرام والمسجد الحرام قبلة من صلى في بيته من اهل مكة او في البطحاء ومكة قبلة اهل الحرام والحرم قبلة اهل العالم كذا في الذخيرة والنهاية فان جهلها ولم يجد من يسئله عنها تحرى وصلى لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم وانما قيد بقوله ولم يجد من يسئله عنها لانه لو وجد لم يصح له التحري وانما عليه السؤال لان الاستخبار فوق التحري وهذا اذا كان المخبر من اهل ذلك الموضع وهو يعلم جهة القبلة واما اذا كان لا يعلم فهو والمتحري سواء فلا يترك تحريه بخبره وفي التجنيس رجل كان بالمفازة فاشتبهت عليه القبلة فاخبره رجلان ان القبلة الى هذا الجانب ووقع اجتهاده الى جانب اخر فان لم يكونا من اهل ذلك الموضع وهما مسافران مثله لم يلتفت الى قولهما لانهما يقولان بالاجتهاد فلا يترك اجتهاده باجتهاد غيره وذكر في الخانية انه اذا اشتبه على المصلي امر القبلة فالسؤال اولى من التحري

كما يجوز

فان علم بخطائه بعدها اي بعد الصلاة لا يعيد الصلوة وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر وانما قيده لان في التيامن والتياسر لا يعيد اتفاقا والشافعي يستدل على ما اذا تحرى بين ثوبين احدهما نجس والاخر طاهر فصلى ثم تيقن انه صلى في النجس يعيد اتفاقا ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف يتقيد بالوسع وقياسه على الثوب فاسد لانه مامور بالصلوة في ثوب طاهر ولم يوجد بخلاف مسئلتنا فان المامور به وجه الى القبلة هي جهة التحري عند الاشتباه لقوله تعالى فاينما تولوا فثم وجه الله فصار كما اذا تيامن او تياسر وان علم به فيها استدار وبنى لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا واستحسنه النبي صلى الله عليه وسلم يقول الفقير بين ما نحن فيه وبين قضية اهل قباء فرق جلي فاني يستدل بها عليه تامل وكذا ان تحول رايه يعني ان تحول بعد الصلاة لا يعيد وان تحول فيها توجه اليها وبني لما ذكر ان تبدل الاجتهاد كنسخ النص فلا يظهر اثره الا في المستقبل لا في الماضي وان شرع بلا تحر لا يجوز فان اصاب لان حاله بعد العلم اقوى من حاله قبله لتيقنه لجهة القبلة وبناء القوي على الضعيف لا يجوز ولهذا قلنا المومي اذا قدر على الركوع والسجود لا يبني لانه بناء القوي على الضعيف كما هنا وعند ابي يوسف ان اصاب جازت لانه لو قطعها يستانف الى هذه الجهة فلا فائدة فيه ومن اداه اجتهاده الى جهة فصلى الى غيرها فسدت وان علم انه اصاب القبلة لانه ترك فرضا لزمه عند الافتتاح وهو الصلاة الى الجهة التحري وقال ابو يوسف جائزة ايضا لحصول المقصود وهو اصابة القبلة قيل اذا صلى بدون الاجتهاد لا يجوز صلاته حتى روي عن ابي حنيفة انه يكفر لاستخفافه بالدين وان صلى الى غير القبلة متعمدا فوافق ذلك الكعبة قال ابو حنيفة هو كافر وقال ابو يوسف جازت صلاته وقال الفقيه ابو الليث القول ما قاله ابو حنيفة ومن كان بالمفازة والسماء مصحية وله علم بالاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التحري كذا في البيانية وان تحرى قوم جهات وجهلوا حال امامهم جازت صلاة من لم يتقدمه لوجود التوجه الى جهة التحري وعدم المانع وهو التقدم على الامام وهذا التقدم المخالفة غير مانع لصحة الاقتداء كما في جوف الكعبة فانه لو جعل بعض القوم ظهره الى ظهر الامام جاز كما يجيء تفصيله في باب الصلاة في الكعبة ان شاء الله تعالى لا يقال كيف لم يعرفوا حال الامام بصوته وهم في صلاة الليل لان المسئلة مصورة في ليلة مظلمة في سائر الكتب وصلاة الليل جهرية لانا نقول يحتمل ان يكون الصلاة قضاء او ترك الامام الجهر نسيانا او يحتمل انهم عرفوا صوته لكن لم يعرفوا انه الى اي جهة توجه قال صاحب العناية وقد ذكرنا غير ذلك في التقرير انتهى يقول الفقير اظن ان ما ذكره اقتداؤهم في النهار في بيت مظلم او في يوم وقع كسوف الشمس فيه بحيث ادى الى ظلمة كظلمة الليل على ما حكي في التواريخ من كسوف وقع كذلك في الازمنة الماضية وكان لهذا تزك الصم قوله في ليلة مظلمة بخلاف من تقدمه فانه تفسد لتركه فرض المقام مع الامام او علم حاله وخالفه فانه ايضا يفسد صلاته كمن اعتقد امامه على الخطا بخلاف جوف الكعبة لانه ما اعتقد امامه مخطئا وقبلة الخائف جهة قدرته هنا بيان ان التوجه الى القبلة يسقط بعذر الخوف مثل ان اختفى من عدو وخاف انه اذا راه واستقبل القبلة بشعر العدو فانه يجوز ان يصلي قاعدا بايماء او حيثما كان وجهه وكذا لو كان مريضا لا يقدر على التحول الى القبلة وليس عنده من يحوله وكذا اذا انكسرت السفينة وبقي على لوح وخاف انه لو استقبل القبلة يسقط الى الماء جاز له ان يصلي حيث كان وجهه لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه وعن بعض العارفين انه قال قبلة البشر الكعبة وقبلة اهل السماء البيت المعمور وقبلة الكروبيين الكرسي وقبلة حملة العرش العرش ومطلوب الكل وجه الله سبحانه وتعالى

ويصل بقصد قلبه الصلاة بتحريمتها فلا يفصل بين النية وبين التحريمة بعمل وفي الاصلاح
والايضاح هنا بيان لوقت النية على وجه يتضمن الاشارة الى تغيير ذكره الطحاوي
انه يكبر تكبيرة الافتتاح مخالطا لنية اياها اي مقارنا اشارة الى ان وقت النية وقت التكبير
وهو عندنا محمول على الندب والاستحباب دون الحتم والايجاب فان تقديم النية على التحريمة جائز
اذا لم يوجد بينهما عمل لا يليق بالصلاة مثل الاكل والشرب والقران ليس بشرط وعند
الشافعي القران شرط كذا في البدايع وهذا تبين ان ما قيل ويصل بقصد قلبه صلاة
بتحريمتها ظاهره انما ينطبق على قول الشافعي انتهى يقول الفقير ههنا زاد صاحب الاصلاح ولا
قوله وندب لكن نحن قائلون بعدم جواز الفصل بينهما وبين التحريمة ومعنى يصل بقصد قلبه
اي لا يفصل بينهما بعمل لان الوصل ضد الفصل ولا يلزم من هنا القول بالقران كما ذهب اليه
الشافعي واذا كان معنى يصل ما قلنا لا جهة لزيادة قوله وندب بل يكون حشوا
مفسدا موهما لخلاف المطلوب لانه يكون حاصل المعنى على ما قلنا وندب ان لا يفصل بينهما بعمل
وان فصل جاز وهذا خلاف المذهب تتمة ان الشرط في النية ان يعلم بقلبه اي صلاة
يصلي حتى لو سئل عن ذلك امكنه ان يجيب على البداهة فان توقف في الجواب لم يكن عالما
قال صاحب العناية واعترض بان هذا ينزع الى تفسير النية بالعلم وهو غير صحيح لانه لا يلزم
من العلم بالشيء نيته الا ترى ان من علم الكفر لا يلزمه شيء ومن نوى الكفر كفر
اقول اراد بذلك ان يجزم بتخصيص الصلاة التي يدخل فيها وتمييزها عن غيرها لان التخصيص
والتمييز بدون العلم لا يتصوران وذكر في الخانية انه لو سعى لصلاة الفرض بالجماعة فدخل في الصلاة
ولم يوجد النية لا بالقلب ولا باللسان جازت صلاته ومن اصحابنا من قال انما توضأ بنية
الصلاة ولم يستعمل فيما بين ذلك شيئا من اعمال الدنيا يكفيه وجازت صلاته ثم
وضم التلفظ الى القصد افضل يعني لا غير بالذكر باللسان لانه كلام لا نية فان
جمعهما ليجتمع عزيمة قلبه كان افضل ولذا قيل الافضل ان يشتغل قلبه بالنية ولسانه بالذكر
ويكفي مطلق النية بان يقول نويت ان اصلي للنفل والسنة والتراويح في الصحيح
لان النية في النفل للتمييز عن العادة وهو يحصل بمطلق النية وقوله في الصحيح راجع الى السنة
والتراويح اي نوى التراويح سنة الرسول وضد التراويح ان ينوي التراويح لان فيها
صفة زائدة على النفل المطلق كالفرض ووجه الصحيح ان السنن والتراويح نوافل في الاصل
فيكفي مطلق النية وللفرض شرط تعيينه كالعصر مثلا ولا يكفيه ان يقول نويت الفرض
لاختلاف الفروض فلا بد من التمييز ومنهم من يقول اذا نوى الظهر او الفجر مثلا
ولم ينو ظهر اليوم او الوقت ان كان يصلي في الوقت لا يجزيه لجواز ان يكون عليه صلاة
فلا يتعين المقصود ومنهم من قال يجزيه وهو الظهر لان ظهر الوقت مشروع الوقت واما
ليست كذلك بل انما يوجد بعارض فمطلقه ينصرف الى ظهر الوقت ولو نوى
فرض الوقت يجوز الا في الجمعة لان العلماء اختلفوا في كونها فرض الوقت كذا في الخانية والعناية
والمقتدي ينوي المتابعة ايضا يعني يقول المقتدي نويت عصر اليوم متابعا او مقتديا
بالامام مثلا لانه يلزم فساد الصلاة من جهته فلا بد من التزامه قال بعض المشايخ
لو نوى الجمعة والعيد ولم ينو الاقتداء جاز لانهما لا يكونان الا مع الامام وفي الزاهدي
ولو اقتدى بالامام ولم يعلم انه زيد او عمرو صح ولو نوى الاقتداء بزيد معينا والامام
عمرو لا يجوز لانه بالذي اقتدى واما الامام فينوي ما ينوي للفرد لا يحتاج
الى نية الامامة الا في حق النساء حتى لو نوى ان لا يؤم فلانا فجاء واقتدى به جاز
كذا في المنية والجنازة ينوي الصلاة لله تعالى والدعاء للميت بان يقول اللهم اني اصلي
وادعو لهذا الميت فمن لم يعتقد من ولا يشترط نية عدد الركعات الخ
فلو نوى الظهر مثلا فقد نوى عدد ركعات والخطأ في عددها لا يضر حتى لو نوى الظهر
اربعا او الظهر ثلاثا او ثلاثا جاز ويلغو نية التعيين كذا في الخانية

باب صفة الصلاة

باب صفة الصلاة

لما فرغ من ذكر الشروط والاسباب شرع فيما هو المقصود من ذكرهما وهو الصلاة والوصف
والصفة مترادفان عند اهل اللغة والهاء عوض عن الواو كالوعد والعدة وعند المتكلمين
من اصحابنا ان الوصف هو كلام الواصف والصفة هي المعنى القائم بذات الموصوف
والظاهر ان المراد بالصفة ههنا الهيئة الحاصلة للصلاة باركانها وعوارضها
فان قلت الصفة عرض وكذا الصلاة ولا يجوز قيام العرض بالعرض فكيف قيل
صفة الصلاة قلت لا نسلم انه لا يجوز قيام العرض بالعرض فعند البعض يجوز ذلك
بدليل صحة قولهم سرعة الحركة وبطؤها ولئن سلمنا انه لا يجوز على ما هو المذهب المختار
لكن لا نسلم انه من باب قيام العرض بالعرض لان الاحكام الشرعية لها حكم الجواهر
ولهذا توصف بالصحة والفساد والبطلان والقبح والحرمة والجواز والوجوب والفسخ والاقالة
وغير ذلك فرضها التحريمة وهي قوله الله اكبر او ما يقوم مقامها والتحريم جعل الشيء محرما
والتاء لتحقيق الاسمية قال مولانا سعدي افندي فيه بحث اذ لا حاجة للدلالة على المعنى وانما
خصت التكبيرة الاولى بهذه التسمية لانها تحرم الاشياء قبلها بخلاف سائر التكبيرات
وهي شرط عندنا لقوله تعالى وربك فكبر يعني وخص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء
وان يقال الله اكبر يعني انه لما نزل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله اكبر
فكبرت خديجة وفرحت وايقنت انه الوحي فان سورة المدثر نزلت وجه الاستدلال ان المراد
تكبيرة الافتتاح باجماع اهل التفسير لان الامر للوجوب وسائرها ليس بواجب بالاجماع
فتعينت له ضرورة وليس بركن لقوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى وعند الشافعي ركن
لان الشروع يحصل والشروع في الشيء يكون باول جزء منه فيكون ركنا ولانه لو كبر
قبل تمامه تبطل كما في سائر الاركان بخلاف الشروط فائدة الخلاف تظهر في جواز
بناء النفل على تحريمة الفرض بعد اتمامه من غير تحريمة مبتدأة فانه غير جائز لان شرط الفرض
يكون شرطا للنفل كما لو توضأ للفرض فادى به النفل كذا في الكافي
قال المحشي الشيخ يعقوب باشا ولا يخفى انه على هذا ينبغي ان يجوز بناء الفرض على تحريمة
النفل وعلى تحريمة الفرض ايضا كما يصلي الفرض بوضوء النفل وبوضوء الفرض
فان قيل ينبغي ان لا يجوز في النفل لانه كبناء القوي على الضعيف قلنا هذا وجه
لكنه لا يخرج عن المناقشة واما بناء الفرض على تحريمة الفرض فقيل يجوز وقيل لا يجوز انتهى
والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين اي مطيعين وقيل ساكتين وعن ابن عمر رضي الله عنهما
ان القنوت طول القيام في الصلاة وجه الاستدلال انه امر بالقيام وهو للوجوب
وليس القيام بواجب خارج الصلاة فكان واجبا فيها ضرورة واجماع المفسرين على ان
المراد به القيام في الصلاة والقراءة لقوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القران فانها نزلت
في الصلاة بدليل سياق الاية على ان القراءة خارج الصلاة غير واجبة بالاجماع فتجب داخلها
والركوع والسجود لقوله تعالى اركعوا واسجدوا وجه الاستدلال انه قيل كان الناس اول ما اسلموا
يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فامروا ان يصلوا بالركوع والسجود والقعود
الاخير قدر التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك وجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم علق التمام
اي تمام الصلاة بالفعل قرا او لم يقرا لانه علقه باحد الامرين من قراءة التشهد والقعود واحدهما
وهو القراءة لم يشرع بدون الاخر حيث لم يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فيه وانعقد
على ذلك الاجماع وكل ما علق بشيء لا يوجد بدونه فتمام الصلاة لا يوجد بدون الفعل وتمام الصلاة
واجب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اي فرض فان قيل هذا خبر واحد وهو بطريقه
لا يفيد الفرضية فكيف ثبت هذا التكليف العظيم واجيب بان قوله تعالى اقيموا الصلوة مجمل وخبر الواحد التحق
وفيه وجه اخر وهو ان خبر الواحد اذا كان ملحقا بالقبول جاز اثبات الركنية به

وهي اركان ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء والصلاة لا يقوم الا بها فكانت اركانا
والخروج بصنعه فرض خلافا لهما والفتوى على قولهما لهما حديث ابن مسعود رضي الله عنه حين
علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ولان الخروج يضاد الصلاة
فلا يكون من جملتها ولابي حنيفة ان للصلاة تحريما وتحليلا فلا يخرج منها الا بصنعه
كما لا يدخل فيها الا بصنعه ولانه لا يمكن اداء صلاة اخرى الا بالخروج من هذه
وكل ما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا كذا في الزيلعي
وواجبها قراءة الفاتحة ترك الواجب لا يفسد الصلاة لكن يوجب الاثم ان عمدا
وسجدة ان كان سهوا فلا يفسد الصلاة بترك قراءة الفاتحة عندنا خلافا للشافعي
حتى لو ترك حرفا منها يفسد الصلاة عنده لقوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب
لنا اطلاق قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران فيجوز باي قراءة كانت والزيادة
بالحديث المذكور زيادة على النص فيجوز باي قراءة كانت فيكون نسخا لاطلاقه وذا
غير جائز ولا يجوز ان يجعل بيانا لانه لا اجمال فيها اذ المجمل ما يتعذر العمل قبل البيان
والاية ليست كذلك فان قلت هذا خبر مشهور فيجوز الزيادة به قلت نعم اذا
كان محكما وما رواه محتمل لانه يجوز ان يراد به نفي الجواز كما قال عليه السلام لا صلوة
الا بطهور وان يراد به نفي الفضيلة كما قال لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد
وروي انه عليه الصلاة والسلام لما جاءه جبريل في ابتداء الوحي بسورة اقرا
امر النبي عليه السلام بان يتوضأ ويصلي بها فرجع النبي صلى الله عليه وسلم الى خديجة
واعلمها بذلك وعلم الصلاة ثم صلى وصلت ركعتين بهذه السورة وحدها
ولو لم تجز بدون الفاتحة لما نزلت ولا و لما صلى بدون الفاتحة فجازت باي
سورة واية كانت بلا فاتحة الكتاب وضم سورة الى الفاتحة وقال مالك فرض
والشافعي مستحب وعندنا واجب فلو ضم ثلاث ايات من اي سورة شاء
الى الفاتحة يكون اتيا بالواجب وتخصيص السورة ههنا مبني على الاكثر
وتعيين القراءة في الاوليين لا الكل وقال الشافعي فرض في الكل
لقوله عليه السلام لا صلوة الا بالقراءة وكل ركعة صلاة ولهذا لو حلف لا يصلي
يحنث اذا ادى ركعة ولنا قوله عليه السلام القراءة في الاوليين قراءة في الاخريين
وما رواه محمول على الصلاة المعهودة في الشرع وهي ركعتان
الا يرى انه لو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث الا باداء ركعتين ولو تركها
في الاوليين وقرا في الاخريين جازت صلاته لكن يجب عليه سجدة السهو
كما هو حكم الواجب وقال مالك القراءة فرض في ثلاث منها اقامة
للاكثر مقام الكل وقال زفر فرض في الواحدة لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار
قلنا ان الركعة الاولى الثانية كالاولى في ركنية الشفع الاول
فلما فرضت في الاولى ثبت فرضيتها في الثانية بدلالة النص واما الشفع
الثاني فليس كالاول في صفة القراءة وفي السقوط بالسفر فلم يلحق به في فرضية القراءة
ورعاية الترتيب فيما يتكرر كالسجدة فانه لو قام الى الثانية بعد
ما سجد سجدة واحدة قبل ان يسجد الاخرى يقضيها ويكون القيام معتبرا
لانه لم يترك الا الواجب لكنه لو تركه عمدا يأثم ولو تركه سهوا يجب عليه سجدة
السهو كما هو حكم الواجب واحترز بقوله مكرر عما يتكرر في ركعة
كالترتيب بين الركوع والسجود وبين السجود والقعدة هـ
قال صاحب الكافي ان الترتيب فرض فيما اتحدت شرعيته في كل ركعة
كالقيام والركوع وليس بفرض فيما تعددت في كل ركعة كالسجود
فلو ركع قبل القيام او سجد قبل الركوع لم يجز

يقول الفقير

يقول الفقير وبهذا تبين ان ما وقع في صدر الشريعة ههنا هفوة
وقعت منه لانه صرح بان رعاية الترتيب واجب مطلقا وليس كذلك
والعجب منه انه نقل كلام صاحب الهداية وهو قوله ورعاية الترتيب
فيما شرع مكررا من الافعال ثم قال وفي الكافي في شرح الهداية نقلا عن المبسوط
كالسجدة الثانية فانه لو قام الى الثانية بعد ما سجد سجدة واحدة قبل ان يسجد الاخرى
ويكون القيام معتبرا لانه لم يترك الا الواجب انتهى ثم باجمعهم صرحوا بان قول صاحب
الهداية فيما شرع مكررا احتراز عما شرع غير مكرر فيها كالركوع فانه اذا ركع بعد السجود
لا يقع معتدا به بالاجماع فانه ينادي باعلى صوته على ما هو الحق ثم قال اقول اه
ولم يتفطن بما ادى عليه كلام وغفل عن كون الترتيب فرضا بين ما لا يتكرر
قال صاحب الاصلاح والايضاح وانما قال من الافعال كالقراءة لا يكون
الترتيب بينه وبين سائر الاركان يقول الفقير لكن قال صاحب التسهيل واما
ترتيب القراءة على الركوع ونحوه مما اوجبوا فيه سجود السهو فيحتمل ان يجب سجود السهو فيه
لتاخير الركن عن محله لا لان الترتيب واجب فانه لما ركع قبل القراءة تاخر
ركن القراءة عن محله فوجب السجود للتاخير وان كان الترتيب شرطا
لا واجبا بل يكون الترتيب شرطا كما نقلناه مع انه يجب السجود لما قلنا
من تاخير الركن انتهى فيلزم من كون الترتيب شرطا انه لو ركع قبل القراءة يفسد الصلاة
ويلزم من وجوب سجدة السهو عدم فسادها وفيه شبهة من التناقض
ويلزم ايضا على ما ذكره صاحب التسهيل كون قوله فيما انا مع ان
صاحب الاصلاح والايضاح جعله احترازا عن القراءة ويمكن ان يقال
عن القراءة فعله ترتيبا على سائر الاركان فرضا ولا وجه لما قاله صاحب
الاصلاح والايضاح لكن يكون ثمة التناقض في كلام صاحب التسهيل
والحق ان ما قاله صاحب الاصلاح والايضاح ههنا حق فيكون حاصل الحل
الله اعلم ان الاركان الواقعة في الصلاة لا تخلو اما ان يكون من جنس الافعال
او من جنس الاقوال فان كان الاول لا تخلو اما ان يتكرر في كل ركعة
فان كان الاول فالترتيب واجب كالسجدة حتى لو ترك الترتيب لا ركن
ولا يجب سجدة السهو وان كان الثاني فالترتيب فرض ان تركه عامدا او
ساهيا يفسد الصلاة وان كانت من جنس الاقوال كالقراءة فالترتيب
واجب حتى ان ركع قبل القراءة ان كان عامدا يأثم وان كان ساهيا يجب
سجدة السهو فلا وجه لكلام صاحب التسهيل هنا تدبر
وتعديل الاركان وعند ابي يوسف فرض اعلم ان تعديل الاركان
وهو الاستقرار بعد الركوع وتسمى قومة والجلسة بين السجدتين والطمانينة
في الركوع والسجود اي القرار فيهما ليس بفرض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال ابو يوسف يفترض ذلك ومقدار الطمانينة مقدار تسبيحة وهو قول
الشافعي وفائدة الخلاف تظهر في حق جواز الصلاة بدونه فعندهما يجوز
وعند ابي يوسف لا يجوز واستدل ابو يوسف بحديث الاعرابي وهو
قوله صلى الله عليه وسلم حين رآه نقر نقر الديك قم فصل فانك لم تصل
انظر كيف نفى كونه صلاة بترك تعديل الاركان فكان ركنا لان انتفاء الشيء
لا ينفيها ولهما قوله تعالى اركعوا واسجدوا والركوع هو الانحناء عن الاستواء
يقال ركعت النخلة اذا مالت والسجود وضع الجبهة على الارض فلو الحقت
التعديل بها بالحديث المذكور يلزم الزيادة على النص بخبر الواحد وفي الاجوبة

ولما انسد باب الحاق التعديل بالركوع والسجود بالفرضية كما قال
ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى دخلنا من باب الالحاق بالوجوب
فقلنا انه واجب عملا بالدليلين بقدر الامكان فيكون تعديل الاركان
واجبا عند ابي ح ومحمد رحمهما الله تعالى لكن هذا على تخريج الكرخي
حتى يجب سجدة السهو بتركه سهوا ويلزم الاثم بتركه عمدا واما تخريج
الجرجاني فالقومة والجلسة والطمانينة في الركوع والسجود وهي التي تسمى
بتعديل الاركان سنة قال صاحب النهاية ثم الطمانينة
في الركوع والسجود سنة ام واجب على قول ابي ح رح اختلف فيه المشايخ
كان ابو الحسن الكرخي يقول انه واجب على قول ابي ح رح حتى لو تركه
ساهيا كان عليه السهو وكان الشيخ ابو عبد الجرجاني يقول
انه سنة حتى لو تركه ساهيا لا سهو عليه على قوله كذا في مبسوط شيخ الاسلام
وفيه ايضا ان اختلاف الكرخي والجرجاني في طمانينة الركوع والسجود واما
في الطمانينة المشروعة في الانتقال فالكرخي والجرجاني على انها سنة
وليست بواجبة على قول ابي ح ومحمد رحمهما الله تعالى
وقال صاحب الكافي وعند ابي عبد الله الجرجاني
الطمانينة في الركوع والسجود والطمانينة في القومة والجلسة سنة
وفرق الكرخي بينهما فقال الركوع والسجود ركنان مقصودان
والطمانينة فيهما شرعت لتكميلهما فيكون مكملا واجبا والانتقال
ركن شرع لغيره والطمانينة فيه وهي القومة والجلسة شرعت
مكملة للانتقال فيكون سنة ليظهر التفاوت بين المكملين
كما ظهر التفاوت بين الركنين انتهى والقعود الاول
مطلقا سواء كان في الرباعية او الثلاثية او النفل والفرض وعند محمد وزفر
والشافعي ان القعدة الاولى في الرباعي من النفل فرض كذا في المسكين
وذكر في الذخيرة ان القعدة الاولى سنة والثانية واجبة والتشهدان
وفي الهداية ان قراءة التشهد في القعدة الاولى سنة وفي الثانية واجبة هو
لكن الصحيح لم يأخذ هنا وقال والتشهدان لان قوله عليه الصلاة والسلام
لابن مسعود رضي الله عنه قل التحيات لله الخ لا يوجب الفرق بين قراءة التشهد
في الاولى والثانية بل يوجب الوجوب في كليهما قال صاحب الكافي
نص على كونهما واجبين في المحيط ولفظ السلام وعند الشافعي فرض لقوله عليه السلام
تحليلها التسليم ولنا ما روي انه عليه السلام قال اذا قعد الامام في اخر صلوته
ثم احدث قبل ان يسلم فقد تمت صلوته وما رواه لا يدل على الفرضية لانه خبر الواحد
المتلقي بالقبول بل يدل على الوجوب وقد قلنا به قال محمد رح سلام الامام
يكفي المقتدي وقالا لا يخرج المقتدي حتى يسلم بنفسه وقنوت الوتر
في الجوهرة القنوت الطاعة هذا هو الاصل ومنه قوله تعالى والقانتين والقانتات
ثم سمي القيام في الصلاة قنوتا قال صاحب المغرب وهو الطاعة والقيام
والدعاء والمشهور هو الاخير وقولهم دعاء القنوت اضافة بيانية انتهى
فيكون معناه دعاء الوتر وهو واجب مطلقا سواء كان في رمضان او في غيره وسواء
في النصف الاول او لا وعند الشافعي في النصف الاخير من رمضان واجب فقط
وتكبيرات العيدين اي تكبيرات صلاة العيدين وقيل قنوت الوتر و
تكبيرات العيدين سنة والجهر والاسرار في محله وقيل هما سنتان

وسننها رفع اليدين للتحريمة قيل رفع اليدين في اول الصلاة سنة بلا اختلاف
ونشر اصابعه لانه عليه السلام كبر ناشرا اصابعه وظن البعض ان المراد بالنشر
التفريج وهو غلط بل المراد به النشر عن طي بان يرفعهما منصوبين لا مقبوضتين
وجهر الامام بالتكبير والثناء اي قراءة سبحانك اللهم الخ والتعوذ والتسمية
والتامين بعد الفاتحة سنن متعلق بكل واحد من الاربعة سواء كان في النفل او غيره
وسواء كانت جهرية او غيرها وقال مالك يبدا الامام بالفاتحة بلا ثناء ولا
ولا تامين فهو رواية عن ابي ح رح وقال مالك ايضا التسمية ليست بسنة
وقال الشافعي يجهر بالتسمية والتامين في الجهرية ووضع يمينه على يساره
تحت سرته وعند النخعي يرسلهما ارسالا وان شاء اعتمد فالارسال عنده
عزيمة والوضع رخصة وعند الشافعي يضع على صدره لقوله تعالى فصل لربك وانحر
اي ضع يديك على صدرك وهذا التفسير ماثور عن علي كرم الله وجهه
وكيفية الوضع ان يضع باطن كف اليمنى على ظاهر كف اليسرى ويحلق بالخنصر
والابهام على الرسغ وقال محمد يضع بحيث يكون الرسغ في وسط الكف
وقال ابو يوسف يقبض باليمين رسغ الايسر وتكبير الركوع
وقيل واجب وتسبيحه ثلاثا والتسبيح فيه ان يقول سبحان ربي العظيم
وقال ابن مطيع تسبيح الركوع والسجود واجب وقال مالك لا تسبيح في الركوع
والرفع منه اي رفع الراس من الركوع والسجود وعند الشافعي فرض وفي رواية عن
ابي ح رفع الراس من الركوع والسجود فرض وهو قول محمد واختاره [illegible] وتكبيره
وتفريج اصابعه وتكبير السجود وتسبيحه ثلاثا والتسبيح فيه ان يقول
سبحان ربي الاعلى وقال مالك فرض ووضع يديه وركبتيه على الارض وقال زفر ان
السجود على الاعضاء السبع فرض وهي الوجه واليدين والركبتين والقدمان
وافتراش رجله اليسرى مطلقا سواء كان في القعدة الاولى والاخيرة وقال مالك التورك
في القعدتين سنة وقال الشافعي يفترش في الاولى ويتورك في الثانية ونصب اليمنى
اي رجله اليمنى مطلقا في قعدات الصلاة خلافا لمالك والشافعي فيهما والقومة من
والجلسة بين السجدتين وقد عرفت الاختلاف فيهما والصلوة على النبي عليه السلام
في القعدة الاخيرة وعند الشافعي فرض والدعاء اذا فرغ من التشهد
للمؤمنين والمؤمنات ولوالديه ان كانا مسلمين وادابها نظره الى
موضع سجوده في حالة القيام لما روي انه عليه السلام كان لا يتجاوز بصره في صلوته
موضع سجوده تخشعا لله تعالى وهو اقرب الى التعظيم من ارسال الطرف يمينا وشمالا
واما في الركوع فالى ظهر قدميه وفي السجود الى ارنبة انفه وفي القعدة الى حجره
ولو لم يفعل لا ياثم كما هو حكم الادب هكذا في المكتوبة في التطوع فلا
وكظم فيه اي اخذ الشفة السفلى بالاسنان عند التثاوب وان لم يقدر حفظه
بيده فيضع ظهر الكف على الفم واخراج كفيه من كميه عند التكبير
اي التكبير الاول لانه اقرب الى التواضع وابعد من التشبه بالجبابرة هكذا في الرجال
واما النساء فتجعل يديها في كميها ودفع السعال ما استطاع لانه
يجيء كونه ليس من افعال الصلاة لو كان بغير عذر يفسدها فيحبسه
ما امكن والقيام الى الصلاة عند حي على الصلاة ليتحقق الاجابة
وقيل عند حي على الفلاح والشروع عند قد قامت الصلاة اي شروع
الامام والقوم عند ما قال المؤذن قد قامت في المرة الاولى لئلا يكذب
المؤذن وقال ابو يوسف لا يشرع ما لم يفرغ المؤذن من الاقامة
وقال مالك يشرع اذا [illegible] ٥

فصل

ينبغي الخشوع في الصلاة لقوله تعالى قد افلح المؤمنون الذين هم في صلوتهم خاشعون
وكان صلى الله عليه وسلم اذا صلى كان لجوفه ازيز كازيز المرجل من الازيز القدر اذا
واذا اراد الدخول فيها اي في الصلاة كبر لقوله تعالى وربك فكبر
ولقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير حاذفا فالمراد بالحذف ان لا ياتي في
همزة الله ولا في باء اكبر بعد رفع يديه محاذيا بابهاميه شحمتي اذنيه
لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل كذا حين كبر ولا يفرج بين اصابعه كل
التفريج ولا يضمها كل الضم في السجود وما روي انه نشر اصابعه حين الرفع
فالمراد به النشر عن الطي كما ذكرنا دون التفريج كذا قال ابن الملك
نقلا عن الهندواني وقيل ماسا واختار صاحب الوقاية وقال الشافعي حذاء
وقال مالك حذاء رأسه واخترنا الوسط فان خير الامور اوساطها
وعند ابي يوسف يرفع مع التكبير لا قبله قال صاحب الهداية ويرفع يديه مع التكبير
وهو سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى مقارنة
الرفع التكبير لان كلمة مع للقران وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي
والاصح انه يرفع ثم يكبر لان فعله اي الرفع نفي الكبرياء عن غير الله تعالى والنفي
مقدم على الاثبات كما في كلمة الشهادة والمرأة ترفع حذو منكبيها هو الصحيح
لان هذا استر لها وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ترفع يديها حذاء اذنيها
كالرجل لان رفع اليدين انما يكون بكفيها وكفها ليس بعورة فكانت هي والرجل
في رفع اليدين سواء بخلاف سائر الاعضاء ومقارنة تكبير الامام افضل
عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما قالا تحرم بعد تحرم الامام اولى وقيل الخلاف في الجواز
اي لو كبر مقارنا لتكبيره جاز اتفاقا عنده لا عندهما الا ان يكبر بعده
لهما قوله عليه السلام انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ فانصتوا
واذا ركع فاركعوا الفاء للتعقيب فلا بد من التاخير وجوبا او ندبا
وله ان اذا للظرفية يعني كبروا في زمان يكبر فيه الامام فافاد المعية فوجب القران
وفي رواية سقط الوجوب للحرج فبقي الصحيح مع الاولوية هذه عبارة صاحب التسهيل
ثم قال اقول هذه المسئلة تحتمل وجوها اربعة احدها ان يجوز القران والتاخير
يكون والاولوية وثانيها ان يجوز القران والتاخير عند ابي حنيفة ولا يجوز عندهما الا
وهذا ظ ما يفهم من بعض شروح المنظومة وثالثها ان لا يجوز عند ابي حنيفة الا القران
ولا يجوز عندهما الا التاخير وهو المذكور في المختلف شرح المنظومة
ورابعها ان لا يجوز عند ابي حنيفة الا القران وعندهما يجوز القران والتاخير انتهى
ولو قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله
او غيره من اسماء الله تعالى او كبر بالفارسية صح وقوله بدل التكبير يدل
على ان الاصل التكبير اعلم ان الشارع في الصلاة اذا قال الله اكبر كان شارعا
في الصلاة بلا خلاف وكذلك اذا قال الله الكبير خلافا لمالك
وكذلك اذا قال الله الكبار خلافا له وللشافعي واما اذا قال
الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او قال الحمد لله او سبحان الله
او لا اله غيره فقد قال ابو حنيفة اجزأه وقال ابو يوسف ان كان يحسن التكبير اي
يمكنه ان يقول الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير لا يجوز وان لم يحسن جاز كما سيأتي في الجزء
ان شاء الله تعالى وان افتتح بالفارسية مثل ان يقول خداي بزرگست صح الا ان
مطلقا سواء كان يحسن العربية او لا عنده وعندهما لا يصح الا اذا لا يحسن العربية

وكذا لو قرأها

وكذا لو قرأها اي بالفارسية عاجزا عن العربية عند ابي يوسف ومحمد وان لم يعجز
لان القرآن اسم لمنظوم عربي على ما نطق به النص قال الله تعالى انا انزلناه قرآنا عربيا والمراد
واما المعنى فلا يختص بلغة فثبت انه متى تغير نظمه لم يكن عربيا ولان القرآن معجز والاعجاز في نظمه
اي في عبارته التي تشتمل عليها المصاحف حيث ابى اسلوبه لسائر اساليب الكلام
وفي معناه اي ما يدل عليه هذه العبارات حيث يشتمل على الغيب فان قدر عليها لم
وان عجز عن النظم اتى بما قدر عليه وهو المعنى كمن عجز عن الركوع والسجود يصلي بالايماء
وعند ابي حنيفة يصح القراءة بالفارسية مطلقا سواء عجز او لم يعجز لانه قال القرآن اسم
الا انه لم يجعل النظم ركنا لازما في الصلاة واقام العبارة الفارسية مقام النظم
كما قال صاحباه في حالة العجز ثم انهم قالوا والاصح ان ابا حنيفة رجع عن هذا
على ما روى نوح بن مريم لانه يلزم منه اصل الامرين بطلان تعريف القرآن لان الفارسية
غير مكتوبة في المصاحف وجواز الصلاة بدون القرآن لانه اسم للنظم والمعنى
والصحيح اختاره رجوعه الى قولهما فلهذا ساق هذه المسئلة في صورة الاتفاق وكذا
او ذبح وسمى بها فان التسمية تجوز بالفارسية وسائر اللغات اجماعا لان الله تعالى
قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهو يحصل بكل لسان وفي الصلاة
النص ورد بقراءة القرآن وهو موصوف بانه عربي والحاصل ان الافتتاح بالفارسية
او القراءة بها في الصلاة او التسمية على الذبيحة بها جائزة عند ابي حنيفة عجز عن العربي او
لكن على قوله الاول في القراءة في الصلاة وعندهما لا يجوز اذا لم يعجز عن العربي
الا في الذبيحة وان عجز يجوز في الكل اجماعا واما الكلام في الافتتاح فمحمد
مع ابي حنيفة في العربية يعني يجوز الافتتاح بكل اسم من اسمائه تعالى بالعربية عند محمد كما يجوز
عند ابي حنيفة ومع ابي يوسف الا اذا كان في الفارسية يعني اذا افتتح بالفارسية لا يجوز
كما لا يجوز عند ابي يوسف الا اذا كان عاجزا عن العربية وغير الفارسية من الالسن مثلها
اي مثل الفارسية في الصحيح يعني الصحيح ان الاختلاف المذكور غير مختص في الفارسية
بل جار في كل الالسنة حتى التركية والرومية والهندية لان المعنى لا يختلف باختلاف
وقال ابو سعيد البردعي لم يجز بغير الفارسية لمزيتها على غيرها للحديث المروي
وهو قوله عليه السلام لسان اهل الجنة العربية والفارسية الدرية ولو شرع
باللهم اغفر لي لا يجوز لانه ليس بتعظيم خالص اذ هو مشوب بحاجة لانه سؤال
وهو غير الذكر والواجب عليه الذكر الخالص قال عليه الصلاة والسلام
فيما يأثر عن ربه عز وجل من شغله ذكري عن مسئلتي اعطيته افضل ما اعطي
الى ما سبق من خلاف ابي يوسف اشار المصنف هنا بقوله وقال ابو يوسف ان كان
يحسن التكبير لا يجوز الشروع الا بالتكبير وان كان لا يحسن التكبير
ولو شرع بقوله اللهم فقد قيل يجزئه لان معناه يا الله امنا بخير اي اقصدنا بخير
وهو قول اهل الكوفة فلم يكن تعظيما خالصا بل مشوبا بحاجة قيل والاول اصح
بدليل قوله تعالى واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك ولو كان معناه يا الله
اقصدنا بخير لفسد المعنى وان قال الله صار شارعا عند ابي حنيفة ومحمد لانه تعظيم خالص
وان قال الله اكبر صار شارعا لان العرب يبدل الكاف بالقاف كذا في الكافي
ولو قال الله اكبار لا يصير شارعا ولو قال الله اكبر بالكاف الصغيرة اختلف فيه
والاصح انه يصير شارعا ولو افتتح الاخرس والامي بالنية جاز ثم يعتمد بيمينه على رسغ
يساره تحت سرته لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت
وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر في كل
قيام سن فيه ذكر وما لا فلا هو الصحيح وهو احتراز عن قول الفضلي واصحابه
قال الفضلي ان السنة في صلاة الجنازة وتكبيرات العيد والقومة التي بين الركوع والسجود

وقال اصحابنا السنة في هذه المواضع الاعتماد والصحيح ما قاله شمس الائمة وهو ان كل قيام فيه ذكر مسنون فالصحيح فيه الاعتماد ...

وعند محمد في قيام شرع فيه قراءة فيضع في القنوت وصلاة الجنازة عندهما لان فيهما ذكرا مسنونا
خلافا لمحمد فان عنده لا يرسل فيهما لانه لم يشرع فيهما القراءة ويرسل في قومة الركوع و
بين تكبيرات العيد اتفاقا لانه ليس فيها ذكر مسنون وقراءة واعترض بان في قومة الركوع
ذكرا مسنونا وهو سمع الله لمن حمده وربنا لك الحمد واجيب بان المراد ذكر مسنون ممتد
ويشير اليه اعتبار الامتداد فتامل انما شرع الوضع للخوف عن اجتماع الدم في رؤس الاصابع
ثم يقرأ سبحانك اللهم الخ وزاد محمد قوله وجل ثناؤك قال مالك اذا كبر شرع في القراءة
ولا يشتغل بالثناء والتعوذ والتسمية ولا يضم وجهت وجهي الخ خلافا لابي يوسف
فانه قال يجمع بينهما وفي قوله اني وجهت الخ لان الاخبار وردت بهما فيجمع بينهما ولهما
ما روي عن ابن مسعود وانس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان اذا افتتح الصلاة كبر
وقرأ سبحانك اللهم الخ ولا يزيد على هذا وما روي من احاديث التوجه كان في ابتداء الاسلام
ثم نسخ كما روي انه يقول في الركوع ركع لك ظهري وفي السجود سجد لك وجهي فلما نزل فسبح
باسم ربك العظيم جعلوه في ركوعهم ونزل سبح اسم ربك الاعلى جعلوه في سجودهم ونسخ ما
كان يقال قبل ذلك فكذلك فيما نحن فيه توفيقا بين الحديثين وقال الشافعي يقتصر على
ثم يقرأ وقال بعض المتاخرين منهم الفقيه ابو الليث يقرأ اني وجهت الخ قبل التكبير
لانه ابلغ في التحريم ولهذا غلط العوام من الناس هنا الذكر لهم مقام النية وليكون
عاملا بما روي في الاخبار ومنهم من يقول لا يستحب ذلك لانه يؤدي الى طول المكث
المفضي الى ترك المسارعة الى المغفرة وقد روي انه عليه السلام قال للمتوقفين
في شروع الصلاة مالي اراكم سامدين اي متحيرين ثم يتعوذ سرا خلافا
فانه لا يرى ذلك لما روي عن انس رضي الله عنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم
وخلف ابي بكر وعمر وكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين ولنا قوله تعالى
فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم وظاهره يقتضي ان يكون فرضا كما هو
الا ان السلف اجمعوا على انه سنة للقراءة اي التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند محمد
لما تلونا من قوله فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله فيأتي به المسبوق عند قضاء ما سبق
لانه لا يثني ويقرأ فيتعوذ لا المقتدي لانه يثني ولا يقرأ فلا يتعوذ ويؤخر عن تكبيرات العيد
ليتصل بالقراءة وعند ابي يوسف تبع للثناء فيأتي به المقتدي لانه يثني ويقدم
على تكبيرات العيد يقول الفقير كان على المص ان يكرر ولا يأتي به المسبوق لانه ذكره
على قول محمد فالمناسب ذكرها ايضا على قول ابي يوسف ويتركها جميعا ويحمل على فهم السامع
فذكر بعضها دون بعض تحكم قالوا التعوذ تبع للقراءة عند محمد وتبع للثناء عند ابي يوسف
وعن ابي حنيفة روايتان في رواية مع محمد وفي رواية مع ابي يوسف والمختار هو الاول
ويسمي سرا في اول كل ركعة لقوله عليه السلام يخفين الامام التعوذ والتسمية والتامين
ثم روي عن ابي حنيفة انه يسمي في اول صلاة فحسب وعنه انه يأتي بها في اول كل ركعة
وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو اقرب الى الاحتياط لاختلاف العلماء والاثار في كونه
اية من الفاتحة والمص اختار الرواية الثانية لا بين الفاتحة والسورة خلافا لمحمد في
صلاة المخافتة يعني قال محمد اذا كان يخفي القراءة يأتي بها بين الفاتحة والسورة
كما يسمي قبل الفاتحة لانه اقرب الى متابعة المصحف واذا كان يجهر لا يأتي بها بين الفاتحة
لانه لو اتى بها لاتى بها الا مخافتة فيكون سكتة في وسط القراءة ويختلف نظم القراءة بالاجماع
وهي اية من القرآن انزلت للفصل بين السور ليست من الفاتحة ولا من السورة
قال صاحب الكافي وقال الشافعي انها من الفاتحة ومن اول كل سورة لانه صلى الله عليه وسلم
قرأ الفاتحة فقال بسم الله الرحمن الرحيم وعدها اية ولانها مكتوبة في المصاحف
بقلم الوحي في مبدأ الفاتحة وكل سورة وقد امرنا بتجريد القرآن عما ليس بقرآن والاهتمام في
ذلك ولا خلاف ان الفاتحة سبع ايات وانما تكون سبع ايات بالتسمية

ولنا

ولنا انه صلى الله عليه وسلم قال يقول الله قسمت الصلوة بيني وبين عبدي نصفين
واذا قال العبد الحمد لله رب العالمين قال الله تعالى حمدني عبدي واذا قال
الرحمن الرحيم قال الله تعالى اثنى علي عبدي واذا قال مالك يوم الدين قال الله تعالى
مجدني عبدي واذا قال اياك نعبد واياك نستعين قال الله تعالى هذا بيني وبين
عبدي ولعبدي ما سأل واراد بقوله قسمت الصلوة الفاتحة لانه فسر المقسوم بها
وهو كقوله تعالى ولا تجهر بصلوتك اي بالقرآن في صلوتك ولان القراءة ركن فيها
فيعبر عن كل ركن بالصلوة فالبداءة بقوله الحمد لله دليل على ان التسمية ليست باية
من الفاتحة ولما اختلفت الاخبار لم يثبت كونها منها مع التعارض لان ادنى درجات
اختلاف الاخبار والعلماء ايراث الشبهة والقرآن لا يثبت مع الشبهة لان طريقه
طريق اليقين لانه اصل الدين وبه يثبت الرسالة وقامت الحجة على اهل الضلالة
فنعمل بالشبهتين فالنافية تحمل النافية على انها ليست من الفاتحة ولا من راس كل سورة
والمثبتة على انها من القرآن انزلت للفصل بين السور وكتبت في المصاحف
بخط على حدة ليدل على انها ليست من السورة ودليل الكتابة بقلم الوحي انها من
القرآن انزلت للفصل كما يكتب اسماء الابواب فقد اجمع القراء على ان سورة الملك
ثلاثون اية ومع التسمية تكون احدى وثلثين وكذا اتفقوا على ان سورة الكوثر
ثلاث ايات ومع التسمية تكون اربع ايات انتهى ثم يقرأ الفاتحة وسورة
او ثلاث ايات لمواظبته عليه السلام على ضم سورة او ثلاث ايات من غير ترك وفي المنية
اذا قرأ اية او ايتين لم يخرج عن حد الكراهة وان قرأ ثلاث ايات يخرج لكن لم يدخل في حد
الاستحباب واذا قال الامام ولا الضالين امن هو والمؤتم لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا امن الامام فامنوا فانه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه
وقال مالك لا يأتي الامام بالتامين وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين ولنا انه عليه السلام قال في اخره
فان الامام يقولها سرا اي يخفي الامام والمؤتم سرا عندنا لما سبق من حديث ثلث
يخفين الامام ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء كما في خارج الصلاة قال الله تعالى
ادعوا ربكم تضرعا وخفية قيل من مذهب ابي حنيفة ان الامام لا يقولها اصلا لانه
والداعي لا يؤمن فكيف يستقيم القول باخفائها واجيب بان ابا حنيفة رحمه الله
ان بعض الائمة لا يأخذون بقوله لجرحه قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم
ففرع الجواب على قولهما كما في باب المزارعة حيث فرع المزارعة على قول من يرى جوازها
قال صاحب العناية والحق ان ذلك غير ظاهر الرواية فان الامام يقولها ويخفيها
وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود والجواب عن قوله والداعي لا يؤمن ان التامين
دعاء باجابة الدعاء الاول ولا فرق في ذلك بين ان يكون من الداعي او غيره ثم
ان المد والتشديد فيه وجهان والتشديد خطأ فاحش قال في التجنيس يفسد
وقيل عندهما لا يفسد لانه يوجد في القرآن في قوله تعالى ولا امين البيت الحرام
ثم يكبر راكعا وهذا موافق لما في الجامع الصغير من قوله مع الانحطاط
يقتضي مقارنة التكبير بالركوع ورواية القدوري ثم يكبر ويركع
قال صاحب النهاية وهذا يقتضي ان يكون التكبير في حالة القيام قال بعض
الفاضل سعدي افندي لا نسلم ذلك اذ لا دلالة للواو على الترتيب نعم
لا يقتضي المقارنة فالاولى ان يقتضي ان يجوز التكبير في حالة القيام انتهى يقول الفقير
ولو قيل ثم يكبر للركوع كما قاله تاج الشريعة وصاحب الاصلاح لكان اشارة الى القول
وقال بعضهم ينبغي ان يكون ابتداء التكبير عند اول الخرور من القيام والفراغ عند الاستواء
لان التكبير للانتقال فيؤتى به مع الانتقال كذا في النهاية نقلا عن المحيط

تصوف

اما التكبير فانه صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع ومعناه الله اعظم واكبر
من ان ... العبادة وقال بعض العارفين انه ما خوفي ... يكبر
الحجاج في طرق مكة ... بعد لبس الاحرام كلما هبطوا واديا او علوا شرفا فالخفض
بمنزلة هبوط الوادي والرفع بمنزلة علو الشرف والحجاج يقصدون ظاهر الكعبة
والمصلون يقصدون الكعبة الحقيقية فيحصل بينهما مناسبة اي مناسبة
ولهذا يكبر عند كل خفض ورفع وقال بعضهم انه لا يكبر حال ما يركع وانما يكبر حال
ما يرفع رأسه من الركوع وهو رواية حيث رووا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
فعل هكذا ولان التكبير حالة الانتقال ما شرع منصوصا وانما شرع سنة
للاعلام وانما يحتاج الى الاعلام حال رفع الراس من الركوع والسجود لان القوم
لا يعاينون رفع الامام رأسه من الركوع والسجود فيحتاج الى الاعلام بالتكبير
واما في حالة الخفض فانهم يعاينون خفضه فاستغنى عن الاعلام ومنهم
من يقول انه يأتي بها في حالة الخفض ولا يجهر لان التكبير في كل ... مسنون
والسبيل في الاذكار المخافتة الا انه يجهر في حالة الرفع ان لا يعلم القوم
بالانتقال ولا حاجة في حالة الخفض فيخافت واحتج اصحابنا بما روي
من علي وعبد الله بن مسعود وجماعة معهما انه يكبر في كل خفض ورفع كما
والمعنى ان الانتقال ... في معنى الركن وذلك لانه لا يمكنه تحصيل
والركن ... الانتقال ... وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا
فيجب ان ... ذكر ... كما حلى سائر الاركان واما ما رووا من الحديث
فنقول ونقل انه صلى الله عليه وسلم كان يكبر الا انه لم يسمع الراوي
وسمعه ... ما روينا اولى لانه اثبت متنا واتفق
على ان الرجحان للمثبت لا للنافي واما قوله الجهر لا يحتاج اليه في
حالة الخفض قلنا لا بل يحتاج لانه قد يكون خلفه اعمى ولا يعاين خفض الامام
كما يحتاج الى الجهر بالتكبيرة الاولى مع رفع اليدين لهذا المعنى
يقول الفقير انه اذا كان خلفه اعمى كيف الاعلام له عند الرفع خصوصا
... ان قيل انه نادر ... لا اعمى نادرا ايضا ثم انه اعترض على قوله
كان يكبر عند كل خفض ورفع انه يدل على ان ما يفعل عند رفع الراس
من الركوع من التسميع والتحميد ... ليس بمشروع ولم يفعله النبي
صلى الله عليه وسلم لانه ليس بتكبير واجيب انه حكاية فعل فلا يعارض قوله
وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده
فقولوا ربنا لك الحمد فيحمل الرفع على ان المراد بعضه لان كلمة كل ...
يقول الفقير يمكن ان قوله ورفع يعطف على كل لا على خفض بقرينة ...
الى ان الامام سمع الله لمن حمده ... فيكون زائده ويكبر عند كل خفض
وعند رفع على ان المراد بعض الرفع ولا يكون متناقضا ويعتمد بيديه
على ركبتيه ويفرج اصابعه لقوله عليه السلام لانس رضي الله عنه
اذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب
التفريج بين الاصابع الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ بالركب
قال عمر رضي الله عنه ... الركب فخذوا بالركب
ولا الضم بين الاصابع الا في حالة السجود لتقع رؤوس الاصابع متوجهة
ولانه يكون ... السجود ولا يحتاج الى الاعتماد على راحته
وعند الضم يكون ... الاعتماد ... وذلك يترتب على ...
فلا يتكلف لا للضم ولا للتفريج لانه لا حاجة اليهما

روينا
بعد
رُواة
الى الشبه

وما سبق

ولما سبق من التفريج لا صابع عند رفع اليدين ... فيما سبق فلا ينافيه
وكان ابن مسعود واصحابه يتركون بالتطبيق في الركوع وصورته
ان يضم احدى الكفين الى الاخرى ويرسلهما بين فخذيه وروى مصعب ابن
سعد ... انه نطبق فنهاه فقال رأيت عبد الله بن مسعود يفعل هكذا فقال ...
كنا امرنا بهذا ثم نهينا عنه ويبسط ظهره لانه صلى الله عليه وسلم
كان اذا ركع بسط ظهره حتى لو وضع عليه قدح من ماء لاستقر
لكن لا يشترط النصف الاسفل مستويا لان اهل الاصول قالوا ان الركوع
يشبه القيام حقيقة لاستواء النصف الاسفل من الراكع ...
لانه ... في الركوع ... تلك الركعة ... ويسوي رأسه ولا ينكس رأسه
لانه عليه السلام كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه
ويقول ثلاثا سبحان ربي العظيم وهو ادناه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا ركع
احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا قال صاحب الهداية
وذلك ادناه ... اي ادنى كمال الجمع ...
فان شرح الوقاية قال ... ادنى الجواز انما المراد ادنى
فان الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر الا في قول ابي مطيع تلميذ ابي حنيفة
وشيخ الاسلام قال في مبسوطه يريد به ادنى من حيث جمع السنة فان اقل الجمع ثلاثة
وصاحب الهداية جمع بينهما فقال ادنى كمال الجمع فالحاصل
ان ادنى الجمع لغة يتصور في الاثنين ... وانما كان ادنى الثلاث
لان فيه جمع لغة واصطلاحا وشرعا فان قيل كمال الجمع ليس مذكورا في ...
فكيف يرجع الضمير اليه اجيب بانه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث
ويستحب الزيادة بعد الايتار للمنفرد وان كان اماما فلا يزيد على وجه يمل
لئلا يصير سببا للتنفير المكروه وان نقص عن الثلاث جاز ويكره ...
وقال ابو مطيع تفسد صلاته وجوابه انه يلزم الزيادة على قوله تعالى اركعوا
... ولو سمع الامام خفق نعل الجائي في الركوع فاطال ليدرك
قال ابو حنيفة اخشى عليه الكفر وعن الشعبي تفسد صلاته ولا يكفر
عن ابي القاسم ان كان الجائي فقيرا جاز وان لا فلا وعن ابي الليث ان عرفه
... ليدركه ... للتقرب الى الله يكره كذا في الزاهدي ثم يرفع الامام
رأسه من الركوع قائلا سمع الله لمن حمده اي قبل الله حمد من حمده
فان السماع يستعمل للقبول يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبل الهاء
... للسكتة والاستراحة ...
وهو المنقول عن الثقات وقيل ... ويكتفي الامام به ...
لا يقول ربنا لك الحمد وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضم اليه ربنا لك الحمد
... في الصحيحين انه عليه السلام قال اذا قال الامام سمع الله لمن حمده
فقولوا ربنا لك الحمد ... قسمة وانها تنافي الشركة ... ولهما انه
صلى الله عليه وسلم جمع بينهما ... الامامة ويكتفي المقتدي
بالتحميد اتفاقا ... وقال الشافعي ... الامام والمقتدي
...
بل ينبغي ان ... بالتحميد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وهو رواية الحسن ...
...
... المنفرد بالتحميد ... الجامع الصغير وفي رواية النوادر يكتفي بالتسميع
لان الامام ... بالتسميع ...
... بالتحميد ... رواية النوادر ...

هنا الى
الكمال
لكون ثلاثة
حكمه
القوم
واجلا
لا يبطل
تحريكه
جمع
في الاصح

ثم يكبر ويسجد ويضع ركبتيه ثم يديه ثم وجهه بين كفيه ضامًا أصابع يديه
محاذية أذنيه لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك وقال الشافعي يضع يديه حذاء منكبيه
ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام أبدِ ضبعيك ويروى وابدّ من الإبداد وهو المد والأول
من الإبداء وهو الإظهار والضبع بفتح الضاد المعجمة وسكون الباء الموحدة والعين المهملة
العضد كذا في المغرب ويجافي بطنه عن فخذيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد جافى
حتى أن بهمة أي ولد الشاة لو أرادت أن تمر بين يديه مرت قيل إذا كان في الصف لا يجافي
كيلا يؤذي جاره ويوجه أصابع رجليه نحو القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم إذا سجد
المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع والمرأة تخفض
وتلزق بطنها بفخذيها لأن ذلك أستر لها قال عليه السلام المرأة عورة مستورة
ويقول سبحان ربي الأعلى ثلاثا لقوله عليه السلام إذا سجد أحدكم فليقل في
سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثا وهو أدناه أي أدنى كمال الجمع وقد تقدم بيانه
ويسجد بأنفه وجبهته لأن النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه وقدم الأنف في الذكر
مع أن وضع الجبهة أوسع في السجدة لأن الأنف أقرب إلى الأرض فيضعه أولا
فإن اقتصر على أحدهما أو على كور عمامته جاز مع الكراهة اعلم أنهم قالوا
إذا اكتفى بالأنف في السجود يجوز عند أبي حنيفة مع الكراهة بخلاف الجبهة فإنه لو اكتفى
في السجود من غير عذر يجوز باتفاق علمائنا من غير كراهة خلافا للشافعي لكن المص
اقتفى أثر صاحب الكنز وقال فإن اقتصر على أحدهما جاز مع الكراهة فيكون في الاكتفاء
بالجبهة كراهة وقال صاحب الدرر بعد ما بين المسألة نقلا عن الهداية والتحفة قول
صاحب الكنز وكره بأحدهما منظور فيه لكن قال مولانا محمد الواني في تعليقاته
على الدرر لكن تعليل صاحبها لا يوضح كراهة السجدة بالأنف وحده بقوله
والكراهة لترك الأحوط في أمر العبادة يعم كليهما انتهى يريد أن الاقتصار على الجبهة
من غير عذر ترك الأحوط في أمر العبادة كما في الاقتصار على الأنف وقال صاحب العناية
والنهاية وإن سجد على الجبهة دون الأنف جاز عندنا وعند الشافعي لا يجوز وإن سجد
على الأنف دون الجبهة جاز عند أبي حنيفة ويكره ولم يذكر الكراهة في الاقتصار على الجبهة
ثم أن كور العمامة دورها كار العمامة وكورها أدارها على رأسها ويقال هذه العمامة
عشرة أكوار وعشرون كورا مثلا ويجوز السجدة عليه إذا وجد حجم الأرض
وقال الشافعي لا يجوز ولنا ما روي أنه صلى الله عليه وسلم سجد على كور عمامته
قيدنا بوجدان حجم الأرض لأنه إن لم يجد حجم الأرض لا يجوز اتفاقا كذا في ابن الملك
وقالا لا يجوز الاقتصار على الأنف من غير عذر بالجبهة وهو رواية عنه
لقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة فيجب أن لا يتأدى
بوضع الأنف مجردا كما لا يتأدى بوضع الخد والذقن وله أن
السجود يتحقق بوضع بعض الوجه لأن وضع جميعه غير ممكن لأن الأنف والجبهة عظمان
ناتئان يمنعان وضع جميع الوجه وإذا تعذر وضع الكل كان المأمور وضع البعض
إلا أن الخد والذقن خرجا بالإجماع إذ التعظيم لم يشرع بوضعهما فبقي الأنف
والجبهة يصلح كل منهما محلا للسجود فلو اكتفى بالجبهة جاز فكذلك الأنف و
لأن الأنف إما أن يكون محلا للفرض أولا ولا سبيل إلى الثاني لأن الفرض ينتقل
بالاتفاق عند العذر ولو لم يكن محلا لما انتقل إليه كالخد والذقن بل ينتقل إلى الإيما
كما لو كان بهما عذر يمنع الوضع يجوز الاقتصار عليه كالجبهة فإن قلت
كيف يتم الاستدلال بقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم لأنه لو ترك وضع اليدين
والركبتين جازت السجدة بالإجماع وهذه الأعضاء الأربعة من تلك السبعة فيستقيم لأبي حنيفة أن يحتج
عليهما بجواز ترك الجبهة بهذا الحديث كما جاز ترك هذه الأعضاء لأن كلا منها في كونه
مأمورا به سواء فينقلب النقض قلت الحديث لبيان أن هذه الأعضاء هي محال السجدة لا غيرها
لا لبيان أن وضع هذه الأعضاء السبعة لازم لا محالة والأنف جزء من هذه الأعضاء المذكورة فيجب أن لا يتأدى الفرض بوضع الأنف مجردا
كما لو وضع الذقن مجردا لأن نفي الحديث لم يتناوله فلم يكن الأنف محلا للسجدة

ويجوز

ويجوز على فاضل ثوبه ككمه وذيله لأنه روي أنه عليه الصلاة والسلام صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الأرض
لأن الثوب إذا كان منفصلا لا يمنع السجدة فكذا إن كان متصلا أولى وهنا حكاية لطيفة وهي
أن أبا حنيفة كان يصلي على خرقة وضعها بين يديه يتقي بها الحر فرآه رجل فقال يا شيخ لا تفعل مثل هذا فإنه يكره
فقال له أبو حنيفة من أين أنت قال من خوارزم فقال أبو حنيفة الله أكبر علم الشريعة يجيء من هنا إلى خوارزم لا
ثم قال له أفي مساجدكم حشيش قال نعم فقال له أبو حنيفة تجوز السجدة على الحشيش ولا تجوز على الخرقة
وعلى شيء يجد حجمه وتستقر جبهته عليه لا على ما لا يستقر وحد الاستقرار أن الساجد لو بالغ
لا ينزل رأسه أسفل من ذلك فلا يجوز على القطن المحلوج والتبن والذرة ونحوها إلا أن يجد حجمه
وإذا سجد ورفع أصابع رجليه عن الأرض لا يجوز ولو وضع أحدهما جاز دون الأخرى في السجدة
ذكر في الخلاصة أنه يجوز ولم يذكر الكراهة وذكر في فتاوى قاضيخان الكراهة مع الجواز وعدم الجواز
ذكر الإمام التمرتاشي في باب مسائل متفرقة من الجامع الصغير لو لم يضع اليدين والقدمين في السجود
وإن سجد للزحمة على ظهر من هو معه في صلوته بأن يصليا الظهر مثلا جاز للضرورة
وأما إذا صلى المسجود عليه غير صلاة الساجد لم يجز وهي تتم بالرفع عند محمد لأن السجود
وفائدته بوضع الرأس ومن شرط الرفع فقد نادى على النص وفي الحقائق يفتى بما قال محمد لأنه
وفائدة الخلاف تظهر فيمن صلى الظهر خمسا ولم يقعد في الرابعة وقام إلى الخامسة فقيدها بالسجدة
ثم سبقه الحدث فيها لا يمكن إصلاح صلاته عند أبي يوسف لأنه بمجرد الوضع تم الخامسة
فتفسد فرضه لفوات القعدة الأخيرة عنده ولا بناء على الفاسد وعند محمد لم يتم الخامسة
حتى يرفع رأسه فيتوضأ ويعود إلى القعدة ويتم الفرض بالقعود وبإتمامه بالتشهد والسلام
والمراد من هذه السجدة التي اختلف فيها هي سجدة الصلاة لا سجدة التلاوة على الرواية
حتى لو تكلم فيها أو أحدث فعليه إعادتها كذا في الخانية ثم يرفع رأسه مكبرا ويجلس مطمئنا
الرفع فرض لأن السجدة الثانية فرض فلا بد من رفع الرأس ليتحقق الانتقال إليها والتكبير سنة
قيل مقدار الرفع أنه إذا كان إلى السجود أقرب لم يجز لأنه يعد ساجدا أو إذا كان أقرب إلى الشيء يأخذ
وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز لأنه يعد جالسا فيتحقق السجدة الثانية وقيل إذا زايل جبهته
بحيث يتخلل الريح بين جبهته وبين الأرض جاز وقال محمد بن سلمة لا يجوز ما لم يرفع جبهته مقدار
وعن القدوري أنه يكتفى بأدنى ما يطلق عليه اسم الرفع وجعله شيخ الإسلام هو الأصح وقال الإمام
فإذا وجد أدنى ما يتناوله اسم الرفع بأن رفع جبهته كأنه وجد الركن ويكفيه ثم يسجد مطمئنا
وتكلم مشايخنا في كون الركوع في كل ركعة مرة والسجود مرتين فذهب أكثرهم إلى أنه تعبدي وإنما
من غير أن يعقل له معنى وقد تعبدنا في الشرع بما لا يعقل له معنى تحقيقا للابتلاء ومنهم من ذكر له
إنما كان السجود مثنى ترغيما للشيطان فإنه أمر بسجدة فلم يفعل ونحن نسجد مرتين ترغيما له
وإليه أشار صلى الله عليه وسلم في سجود السهو فقال ترغيما للشيطان وقيل في السجدة الأولى
يشير إلى أنه خلق من الأرض وفي الثانية يشير إلى أنه يعاد إليها قال الله تعالى منها خلقناكم وفيها
وقيل حكمته ما روي في الأخبار أن الله تعالى لما أخذ الميثاق من ذرية آدم عليه السلام حيث قال وإذ أخذ
ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم أمرهم الله تعالى بالسجود تصديقا لما قالوا فسجد المسلمون
فلما رفع المسلمون رؤوسهم رأوا الكفار لم يسجدوا فسجدوا ثانيا شكرا لما وفقهم الله تعالى على السجود
ثم يكبر للنهوض فيرفع وجهه ثم يديه ثم ركبتيه على عكس السجود وينهض قائما من غير قعود
النهوض عن القيام فيكون معنى العبارة ويقوم قائما ولا معنى له والأولى أن يقول وينهض من قعود أو يقوم
إلا أن يحمل على التجريد ويجعل بمعنى يستوي أي ويستوي قائما وهو بعيد أيضا ولا اعتماد بيديه على الأرض
وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الأرض لما روي عن مالك بن الحويرث أن النبي صلى الله عليه وسلم
كان إذا رفع رأسه من السجود قعد ثم ينهض ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في
وما رواه محمول على فعله حالة الكبر يعني فعل ذلك حين ما كبر وأسن على ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال
لا تبادروني بالركوع والسجود فإني قد بدنت بالتشديد أي كبرت وما رويناه محمول على حال القدرة
فيوفق بين الأخبار من هذا الوجه أو يرد الأخبار كلها للتعارض فيعمل بالقياس والقياس معنا وهو

والثانية كالاولى لانه تكرار الاركان والتكرار يقتضي اعادة الاول الا انه لا يثنى ولا يشفع لانها
لم يشرع الا مرة لان الذى روى صلاة النبي صلى الله عليه وسلم ما رواه الا مرة ولا يرفع يديه
الا في فقعس صمعج اراد بالفاء تكبيرة الافتتاح والقاف القنوت والعين العيدين
والسين استلام الحجر والصاد الصفا والميم المروة والعين العرفات والجيم الجمرتين
وقال الشافعي يرفع يديه ايضا عند الركوع وعند رفع الراس منه لما روى في حديث ابن عمر
وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى ابن عباس
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن والمتنازع فيه ليس منها
وما رواه محمول على الابتداء او انه كان ثم نسخ كذا نقل عن عبد الله بن الزبير روى انه راى رجلا
يصلي في المسجد الحرام يرفع يديه في الصلاة عند الركوع وعند رفع الراس منه فلما فرغ من صلاته
قال له لا تفعل فان هذا شيء فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تركه وفي المبسوط حكاية
وهي ان الاوزاعي لقي ابا حنيفة في المسجد الحرام فقال ما بال اهل العراق لا يرفعون ايديهم عند الركوع
وعند رفع الراس منه وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر انه عليه السلام كان يرفع يديه
فقال ابو حنيفة حدثني حماد عن ابرهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه
عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال الاوزاعي عجبا لابي حنيفة احدثه بحديث الزهري عن سالم وهو
يحدثني بحديث حماد عن ابرهيم فرجح حديثه بعلو اسناده فقال ابو حنيفة اما حماد فكان افقه من الزهري
وابرهيم كان افقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت بان علقمة افقه منه واما عبد الله فعبد الله
فرجح حديثه بفقه رواته والمذهب ان الترجيح بفقه الرواة لا بعلو الاسناد
فاذا رفع راسه من السجدة الثانية من الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب
اليمنى نصبا ووجه اصابعها نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود النبي صلى الله عليه وسلم في الصلاة
ولان القعود هكذا يكون اشق على البدن فكان افضل الاعمال وفي خلاف الشافعي ومالك القعود
ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه موجهة نحو القبلة وقرا تشهد ابن مسعود رض
وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته
السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا
اعلم ان الصحابة اختلفوا في التشهد لعمر تشهد ولعبد الله بن عباس تشهد ولعبد الله بن مسعود تشهد
ولعائشة تشهد ولجابر تشهد ولغيرهم ايضا تشهد فاخذ علماؤنا بتشهد ابن مسعود رض
واخذ الشافعي بتشهد عبد الله بن عباس رض وتشهده التحيات المباركات
الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا
وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له واشهد
قال الشافعي الاخذ بما رواه ابن عباس اولى من وجوه اربعة احدها ان فيها زيادة كلمة
وهي المباركات والثاني انه يوافق القرآن على ما قال الله تعالى تحية من عند الله
والثالث ان ذكر السلام بغير الالف واللام واكثر تسليمات القرآن منكور بغير الالف واللام
قال الله تعالى سلام عليكم وقالوا سلاما وقال سلام عليه يوم ولد واشرف الكلام
ما وافق القرآن والرابع انه متاخر عن خبر ابن مسعود لان ابن عباس كان صغير السن
فكان نقله متاخرا عنه واصحابنا قالوا الاخذ بتشهد ابن مسعود اولى من وجوه
الاول ان ابن مسعود قال اخذ النبي صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد
كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله والامر للاستحباب
والثاني ان اللام يفيد الاستغراق والثالث ان قوله والصلوات والطيبات
بالواو على ما قلنا يصير كل واحد ثناء على حدة لان المعطوف غير المعطوف عليه
وبغير الواو يصير الكل ثناء واحدا بعضه صفة لبعض والرابع ثبت تقديم اسم الله تعالى
فانه اذا تقدم على المدح في ابتداء الكلام ومتى اخر كان محتملا وازالة الاحتمال
باول الكلام كان اولى والخامس ان علق به تمام الصلاة فثبت ان التمام لا يوجد

والسادس ان تشهد ابن مسعود رض احسن التشهدات اسنادا هكذا
قالت ائمة الحديث والسابع ان عامة الصحابة اخذوا بتشهده فانه روى ان ابا بكر
رضي الله عنه علم الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد مثل ما قال عبد الله
وهكذا روى سلمان الفارسي وابن جابر ومعاوية رضي الله عنهم والثامن
ان قوله التحيات عام يتناول كل قربة الصلاة وغيرها فاذا قال الصلوات بغير الواو
صار تخصيصا وبيانا انه اراد بها الصلوات لا غير ومتى ذكرت مع الواو تبقى الاولى
فيكون ابلغ في الثناء فكان اولى والتاسع ان ما قلناه اوفق بالقياس
لانه ذكر ممتد مشروع في احد طرفي الصلاة فيكون الواو فيه سنة كالثناء
اعتبارا باحد الذكرين بالاخر واما قوله فيه زيادة كلمة قلنا لو ترجح بالزيادة لترجح
تشهد جابر لان فيه زيادة بسم الله الرحمن الرحيم
ولان في خبرنا زيادة الواوات وزيادة الالف واللام وزيادة كلمة في التشهد
وهي قوله عبده واما قوله يوافق القرآن لان فيه المباركات قلنا موافقة القرآن
لا يجعله اولى لان قراءة القرآن مكروه في القعدة فكيف يستحب ما يوافقه ولان
ذكر تحية مباركة في خطاب الآدميين واذكار الصلاة كلما بعدت عن خطاب الناس
كان اولى واما قوله واكثر التسليمات في القرآن بغير الالف واللام فالجواب
انها تستلزم الموافقة وقد قلنا انها مكروهة والجواب الثاني ان السلام جاء
بالالف واللام قال الله تعالى والسلام علي يوم ولدت والسلام على من اتبع الهدى
يقول الفقير وفيه ان كلامه في الكثرة لا في اصل المجيء تدبر واما
قوله ان خبرنا متاخر فغلط لانه روى ابو وائل الاسدي عن عبد الله بن مسعود رض
كنا اذا صلينا خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا السلام على الله
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلوته ذات يوم ثم اقبل علينا فقال لا تقولوا
السلام على الله فان الله هو السلام ولكن قولوا التحيات لله والصلوات الخ
وروى الكرخي في حديث ابن مسعود رض قال كنا نقول في اول الامر
التحيات الطاهرات المباركات الزاكيات السلام على جبريل والسلام على الملائكة
فدل على ان خبره متاخر عما رواه ابن عباس رض واما قوله لان ابن عباس رض
يروي اخر السنن لصغر سنه ليس بشيء لان احدا لم يرجح رواية اصاغر الصحابة
على اكابرهم ولان ابن مسعود اذا تقدمت هجرته دامت صحبته الى ان قبض
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كيف ما دارت القصة فالحق لعلمائنا اولى
ويحكى ان ابا حنيفة كان جالسا بين اصحابه فجاء اعرابي فدخل عليه
وقال يرحمك الله أفي الصلاة بواو ام بواوين فقال بواوين فقال الاعرابي
بارك الله عليك كما بارك في لا ولا ولم يعرف احد سؤال السائل ولا
فسنا الجواب فقال سألني عن التشهد أبواو او بواوين فقلت بواوين فدعا لي
بالبركة كما بارك في الشجرة الزيتونة لا شرقية ولا غربية وفي المبسوط وانما
اخذنا بتشهد ابن مسعود لحسن ضبطه ونقله فان ابا حنيفة قال اخذ حماد بيدي وقال
اخذ ابرهيم بيدي وقال ابرهيم اخذ علقمة بيدي وقال علقمة اخذ ابن مسعود بيدي
وقال ابن مسعود اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد
ثم انه قيل في تفسير التحيات ان العبادات القولية لله تعالى والصلوات
ان العبادات البدنية لله تعالى على ثنية ليلة المعراج وذلك انه لما اثنى النبي صلى الله
عليه تعالى ثلاثة اشياء السلام بمقابلة رد الله تعالى في مقابلتها ثلاثة
السلام بمقابلة التحيات والرحمة بمقابلة الصلوات والبركة
بمقابلة الطيبات والبركة هي النماء والزيادة كذا في الكفاية النهاية

ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رض علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم
التشهد في وسط الصلاة وآخرها فاذا كان وسط الصلاة نهض اذا فرغ من التشهد
واذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء ويقرأ فيما بعد الاوليين الفاتحة خاصة
لحديث ابي قتادة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في الاخريين فاتحة الكتاب
وهي اي قراءة الفاتحة افضل وان سبح او سكت جاز هو الصحيح وروي عن ابي حنيفة
ان القراءة في الاخريين واجبة حتى لو تركها ساهيا يلزمه سجود السهو وان تركها عامدا اساء
والقعود الثاني كالاول يعني انه لما قعد يفترش رجله اليسرى ويجلس عليها وينصب اليمنى
في القعود الاول فكذا في الثاني والمرأة تتورك فيهما لانه استر لها وهو ان تجلس
على اليتها اليسرى وتخرج كلتا رجليها من الجانب الايمن فاذا اتم التشهد فيه
اي في القعود الثاني صلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهي سنة عندنا وفرض
عند الشافعي لقوله تعالى صلوا عليه والامر للوجوب ولا وجوب خارج الصلوة
فكان فيها ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لابن مسعود رض بعدما علم
التشهد اذا فعلت هذا او قلت هذا فقد تمت صلوتك وذلك لانه علق التمام
باحدهما من غير تعليق بالصلوة على النبي عليه الصلاة والسلام فقد خالف النص
على انها ذكر يخافت به فتكون سنة قياسا على تسبيحات الركوع والسجود واما
الجواب عن الآية انه امر بالصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام وانه للايجاب
لكن لا نم قوله ولا وجوب خارج الصلاة لان عندنا الصلاة على النبي عليه الصلاة
والسلام خارج الصلاة في العمر مرة واجبة هكذا قال الكرخي لان الامر بالفعل
لا يقتضي التكرار وفي المحيط قال ابو الحسن الكرخي الصلاة على النبي عليه السلام
واجبة على الانسان في العمر مرة ان شاء فعلها في الصلوة او في غيرها وقال الطحاوي
بل الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم كلما سمع ذكر النبي عليه الصلاة والسلام
خارج الصلاة واجبة وجعل في التحفة قول الطحاوي اصح واختير في المبسوط
قول الكرخي وكيفية الصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام ان يقول
اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابرهيم وعلى آل ابرهيم
وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابرهيم وعلى آل ابرهيم انك حميد مجيد
هكذا نقل عن عيسى بن ابان وهو موافق لحديث كعب بن عجرة وكان ابن عباس
وابو هريرة يصليان عليه عليه السلام على نحو ما بينا الا انهما كانا يزيدان وارحم
محمدا وآل محمد كما رحمت على ابرهيم وعلى آل ابرهيم انك حميد مجيد وحكي
عن محمد بن عبد الله بن عمر انه كان يكره قول المصلي وارحم محمدا وآل محمد
وكان يقول هذا نوع ظن بتقصير الانبياء عليهم السلام فان احدا لا يستحق الرحمة
الا بالاتيان بما يلام عليه ونحن امرنا بتعظيم الانبياء عليهم السلام وتوقيرهم
ولذا اذا ذكر نبي لا يقال رحمه الله ولكن يصلى عليه وهكذا ذكر
شيخ الاسلام في المبسوط وقال كان الدعاء بالرحمة انما يستحق بغير الانبياء
لان في الدعاء بالترحم تقصيرا بالعقوبة وذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط انه لا باس به
لان الاثر ورد به من طريق ابي هريرة ولا عيب على من اتبع الاثر ولان احدا لا يستغني
وكان الشيخ ابو الحسن يقول لا باس وكان يقول معنى قولنا وارحم محمدا ارحم امة محمد
فهو راجع الى الامة كمن جنى جناية والجاني ابن شيخ كبير فاراد وا ان يطلبوا
العفو عن الجاني فالناس يقولون للذي يعادي ارحم هذا الشيخ بالترحم على ابنه الجاني
ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن وهو مثل ان يقول اللهم اغفر لي ولوالدي
ومثل قوله اغفر لابي وفي المحيط ادع في الصلاة بكل شيء في القرآن ونحوه نقل عن الشيخ الجليل
ابي بكر محمد بن الفضل انه كان يقول كل دعاء في القرآن اذا دعا المصلي بذلك الدعاء لا يفسد صلاته

وكذا كان يقول اذا قال اللهم اغفر لوالدي لا تفسد صلاته لانه في القرآن وكذا لو قال اللهم اغفر لابي ولو قال اللهم اغفر لاخي تفسد صلاته
وكذا لو قال اللهم اغفر لزيد او لعمي تفسد صلاته لانه ليس في القرآن ولو قال اللهم ارزقني من بقلها وقثائها وفومها وعدسها
صلاته لان عينه في القرآن ولو قال اللهم ارزقني بقلا وعدسا وبصلا تفسد صلاته لان عين هذا اللفظ ليس في القرآن

والادعية

والادعية المأثورة قال صاحب العناية يجوز بالنصب عطفا على الفاتحة وبالجر عطفا على ا
يقول الفقير ويجوز ان يكون معطوفا على ما في قوله بما يشبه فيكون المعنى ودعا بما شاء من الا
كما قال صاحب الدرر او المأثورة عطفا على ما يشبه القرآن والمأثورة هي المروية
منها ما روي عن ابي بكر رضي الله عنه انه قال علمني رسول الله دعاء ادعو به في صلوتي
فقال قل اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيرا وانه لا يغفر الذنوب الا انت فاغفر لي مغفرة
وكان ابن مسعود رضي الله عنه يدعو بكلمات منهن اللهم اني اسألك من الخير كله
ما علمت منه وما لم اعلم واعوذ بك من الشر كله ما علمت منه وما لم اعلم
ثم ان الدعاء يكون بعد الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ليكون اقرب الى الاجابة
لا بما يشبه كلام الناس وفسروه بما لا يستحيل سؤاله من الناس نحو
اعطني كذا وزوجني امرأة وارزقني فلانة قال بعضهم ان الدعاء بمثله يفسد الصلاة
وقال الشافعي كل ما ساغ الدعاء به خارج الصلاة لا يفسد الصلاة واحتج
ان النبي عليه السلام قال لابن مسعود ثم اختر من الدعاء اعجبه اليك واطيبه ولم يفصل واصحابنا
بحديث الحكم بن معاوية السلمي رض انه قال بينا نحن نصلي اذ عطس رجل فشمته فقلت يرحمك الله
الى ان قال ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن
فكان ما سوى التسبيح والتهليل من الذكر منهيا واما تعلقه بحديث ابن مسعود قلنا هو محمول
ثم المفسد انما يفسد اذا لم يقعد قدر التشهد قبل صدور المفسد واما اذا قعد فصلاته تامة
لوجود الخروج بصنعه ثم يسلم عن يمينه قال صاحب النهاية وفي المبسوط وفي تحريم
الصلاة فكانه غائب عن الناس لا يكلمهم ولا يكلمونه وعند التحلل كانه رجع اليهم فسلم عليهم
مع الامام وعندهما بعده وهو رواية عن ابي حنيفة فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره كذلك
والتسليمتان قول جمهور العلماء وكبار الصحابة عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض
ولا اخذ بقول الصحابة الخمسة قال به مالك انه يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه لما روت عائشة وسهل
ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل كذلك لان كبار الصحابة كانوا يروون فعله عليه السلام وعائشة
كانت في صف النساء وسهل كان من جملة الصبيان فيحمل انهما لم يسمعا التسليمة الثانية
على ما روي انه عليه السلام كان يسلم الثانية اخفض من الاولى وينوي الامام به من عن يمينه ويساره
والناس الذين معه في الصلوة من الرجال والنساء رواية المبسوط تقديم الحفظة وفي رواية
وليس فيهما دلالة على افضلية التقديم لان الواو لمطلق الجمع اما النية فلانه يجب عليه ان يسلم
وهكذا اذا سلم خارج الصلاة ينوي السنة لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا لانهن
والمقتدي كذلك اي ينوي من عن يمينه ويساره من الحفظة والناس الذين معه في الصلاة
وينوي امامه في الجانب الذي هو فيه وينويه ان حاذاه لانه من الحاضرين فهو احق بهم
فان كان الامام في الجانب الايمن نواه فيهم وتوى في الايسر نواه فيهم ولو حاذاه ينويه في التسليمتين
وهو رواية عن ابي يوسف لان الجهة عند التعارض تكون فلا يصار الى الترجيح وعند ابي يوسف نواه
لانه تعارض الجانبان فرجح اليمين والمنفرد ينوي الحفظة في الجانبين فقط لانه ليس معهم سواهم ولا يعد
وذكر صدر الاسلام في الجامع الصغير هنا شيئا تركه جميع الناس وقال ابن الطلب
لم يقل احد الان النية في السلام صارت كالشريعة المنسوخة لا يكاد ينويهم الا الفقهاء فيهم نظر
ثم انهم قالوا المراد بالحفظة الكرام الكاتبين فقط كما زعم بعضهم انه ينوي به اولئك وهم اثنان واحد
واحد عن يساره يكتب السيئات بل المراد من معه من الملائكة وقد اختلفت الاخبار في عددهم
روي عن ابن عباس رض انه قال مع كل مؤمن خمس من الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات واخر عن يساره
واخر امامه يلقنه الخيرات وآخر وراءه يدفع عنه المكاره والبلايا والآخر عند ناصيته يكتب ما يصلي
في بعض الاخبار مع كل مؤمن ستون ملكا وفي بعضها مائة وستون واذا اختلفت الاخبار
فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام يؤمن بكلهم ولا يحصرهم في عدد كيلا يخرج منهم من هو منهم ولا يدخل

فصل

لما فرغ من بيان صفة الصلاة وكيفيتها واركانها وفرائضها وواجباتها وسننها وآدابها ذكر احكام القراءة في فصل على حدة لزيادة احكام تعلقت بها دون سائر الاركان يجهر الامام بالقراءة في الجمعة والعيدين والفجر واولي العشائين اداء وقضاء يعني العشاء المغرب والعشاء تغليبا هذا هو المشهور المتوارث المنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين واعلم ان مراعاة الجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه من الصلوات التي تقام بجماعة واجب بالسنة واجماع الامة ونوع من المعنى الفقهي والسنة ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال ما اسمعنا النبي صلى الله عليه وسلم اسمعناكم وما سكت عنا رسول الله صلى الله عليه وسلم سكتنا عنكم وبه يدّعي ما جهر فيها بالقراءة جهرنا وما خافت فيها خافتنا واجماع الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا على الجهر فيما يجهر فيه وعلى المخافتة فيما يخافت فيه كذا المعنى الفقهي ان يجهر بالقراءة في الصلوات لانها ركن من سائر اركان الصلاة فيجب اظهارها كسائر الاركان الا ان الكفار يلغون في القراءة ويغلطون في الظهر والعصر فترك الجهر فيهما تنبيها ثم هذا العذر وان زال بكثرة المسلمين لكن بقيت المخافتة فيهما كالرمل في الطواف واما في المغرب والعشاء والفجر فالكفار كانوا متفرقين لانهم كانوا نياما فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقراءة في هذه الصلوات على ما عليه الاصل وبقيت كذلك وصلاة الجمعة يجهر فيها بالقراءة وان كانت صلاة النهار لانها انما فرضت بالمدينة وكانت الغلبة للمسلمين فجهر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بالقراءة فبقي كذلك سنة وكذلك في الاعياد ويخير المنفرد في نفل الليل وفي الفرض الجهري ان كان في وقته يعني اذا اراد المنفرد اداء الجهري خير ان شاء جهر لكونه اماما نفسه وان شاء خافت اذ ليس خلفه من يسمع والافضل الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة وروي انه من صلى على تلك الهيئة صلت بصلاته صفوف من الملائكة وقيد بالجهر لانه لا يخير في غيره بل يخافت وقيد بقوله ان كان في وقته لان المنفرد اذا قضى الجهري يخافت ولا يتخير حتى قال صاحب الهداية ومن فاتته العشاء وصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده خافت ولا يتخير هو الصحيح ولان الجهر مختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما وكذا المنفرد يتخير في نفل الليل اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا للفرض وهذا يدل على ان الجهر افضل في حق المنفرد المتنفل بالليل لان الفرض في حق المنفرد كذلك فيكون قوله ولا فضل الجهر مصروفا اليهما معا وذكر في المبسوط في افضلية في المتطوع بالليل حديثا حيث قال وان شاء جهر وهو افضل لما روي عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم في تهجده كان يؤنس اليقظان ولا يوقظ الوسنان ومر النبي صلى الله عليه وسلم بابي بكر وهو يتهجد ويخفي بالقراءة وبعمر وهو يجهر وببلال وهو ينتقل من سورة الى سورة فلما اصبحوا سأل كل واحد منهم عن ذلك فقال ابو بكر كنت اسمع من اناجيه وقال عمر كنت اوقظ الوسنان واطرد الشيطان وقال بلال كنت انتقل من بستان الى بستان فقال لابي بكر ارفع من صوتك قليلا ولعمر اخفض من صوتك قليلا ولبلال اذا انتقلت من سورة الى سورة فاتمها وتحقيقه كالهما فيما سوى ذلك نحو التراويح والوتر بعدما ذكرنا بعد ذلك فان الامام يجهر

وادنى الجهر

وادنى الجهر اسماع غيره وادنى المخافتة اسماع نفسه في الصحيح هذا مختار الهندواني وقال الكرخي الجهر اسماع نفسه والمخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان لا الصماخ والاول اصح لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بلا صوت اعلم انهم اختلفوا في حد وجود القراءة على ثلاثة اقوال قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري والشيخ الفقيه ابو جعفر الهلبي شرطا لوجود القراءة خروج صوت يصل الى اذنه وبشر المريسي شرط لصحة القراءة خروج الصوت من الفم وان لم يصل الى اذنه ولكن يشترط ان يكون مسموعا في الجملة حتى لو ادنى احد صماخ اذنه الى فيه يسمع كفى وان لم يسمع القارئ والامام الكرخي لم يشترط السماع اصلا واكتفى بتصحيح الحروف ثم المصلي لا بد له من القراءة فاذا صحح الحروف بلسانه ولم يسمع نفسه لا يجوز صلاته عند الامام ابي بكر والامام ابي جعفر ويجوز عند الكرخي واختار شيخ الاسلام وقاضيخان وصاحب المحيط قول ابي بكر وابي جعفر وقال شمس الائمة الحلواني الاصح انه لا يجزئه ما لم يسمع اذناه او اسمع من بقربه واحتج الكرخي بان الكلام فعل اللسان وذلك باقامة الحروف لا بالسماع فان السماع فعل الاذنين لا يرى انه يقال للاصم سمع الكلام ولا يقال تكلم والدليل عليه ان الاصم يسمى متكلما وان كان لا يسمع فدل ان الكلام فعل اللسان فكان قراءة واحتج من لا يجوز ما لم يسمع نفسه بان القراءة لا توجد وهي ركن من الصلاة وانما يجوز بدو وذلك لان القراءة كلام وهو عبارة عما يفهم المراد ما في الضمائر ولهذا قيل الكلام ترجمان القلب وذلك لا يكون الا بصوت مسموع وحروف منظومة فكما لا يوجد الكلام بدون الحروف وان وجد صوت مسموع كالحان الطيور فكذا لا يوجد باقامة الحروف بلا صوت كالكتابة لا تسمى كلاما وان وجد اقامة حروف منظومة مظهرة لما لان الصوت لم يوجد فهنا اولى اما قوله ان الكلام فعل اللسان لا فعل الاذن قلنا الكلام فعل اللسان لكن مع الصوت واقامة الحروف وكذا كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها يعني اذا قال انت طالق ومعتوق ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخي خلافا للهندواني وكذا اذا جهر بهما وخافت بالاستثناء والشرط بحيث لم يسمع نفسه يقعان في الاستثناء وتأخرا الى وجود الشرط عند الكرخي وعند الهندواني يقعان في الحال وعلى هذا التسمية ولو ترك سورة اوليي العشاء وقرأ الفاتحة قضاها اي السورة في الاخريين مع الفاتحة اي مقارنا مع فاتحة الاخريين وجهر بهما ان ام وهو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة وقولنا ان ام احتراز عن المنفرد فانه يتخير وقولنا وهو الصحيح احتراز عن رواية ابن سماعة انه يجهر في السورة فقط ابقاء لكل منهما على اصله ولا جمع في ركعة واحدة شنيع لانهما في حكم الركعة الاولى في حق السورة ذكر في الخانية ان من شرع في صلاة يجهر فيها بالقراءة وليس احد يقتدي به فاختار المخافتة وقرأ الفاتحة ثم دخل في صلاته جماعة يجهر بالسورة ولو ترك فاتحتها اي فاتحة الاوليين لا يقضيها لانه يقرأ الفاتحة في الاخريين فلو قضى فاتحة الاوليين يلزم تكرار الفاتحة في ركعة واحدة وهو غير مشروع وهنا اي قضاء السورة وعدم قضاء الفاتحة في الصورة الثانية عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقضي واحدا لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل وهو ليس بموجود لان الدليل هو ان يكون ما لم مشروعا في السورة في الاخريين غير مشروعة ولهما وهو الفرق بين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم انه ذكر محمد ما يدل على الوجوب لانه قال قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة فيكون بمنزلة الامر بالكد وفي الاصل بلفظ الاستحباب حيث قال احب الي ان يقضيها

وفرض القراءة آية سواء كانت من الفاتحة او غيرها عند ابي حنيفة لان قوله تعالى فاقرأوا ما تيسر من القرآن
لم يفصل بين آية فما فوقها لان الآية الواحدة قرآن حقيقة وحكما اما حقيقة فظ واما حكما
فلانها يحرم قراءتها على الحائض والجنب فتدخل في الملاق قوله تعالى من القرآن الا ان ما
دون الآية خارج بالاجماع لان المطلق ينصرف الى الكامل والكامل من القرآن ما هو قرآن
حقيقة وحكما وما دون الآية وان كان قرآنا حقيقة لكنه ليس بقرآن حكما حيث جاز
قراءته للجنب والحائض ثم على قوله اذا قرأ آية قصيرة هي كلمتان او كلمات نحو قوله تعالى
فقتل كيف قدر ثم نظر وما اشبه يجوز بلا خلاف بين المشايخ واما اذا قرأ آية
صغيرة هي كلمة واحدة كمدهامتان او آية قصيرة هي حرف واحد نحو قوله تعالى
ص ون وق فان هذه آيات عند بعض القراء اختلف المشايخ فيه والاصح
انه لا يجوز وقيل ينبغي ان لا يكتفي بها ولو قرأ نصف آية طويلة كآية الكرسي في ركعة
ونصفها في اخرى قال بعضهم لا يجوز لانه ما قرأ آية تامة في كل ركعة وعامتهم على انه
يجوز لان نصف مثل هذه الآية تزيد على ثلاث آيات قصار او يعدلها فلا يكون قراءته
ادنى من قراءة ثلاث آيات قصار وقالا ثلاث آيات قصار او آية طويلة وهو
رواية عن ابي حنيفة لان المصلي مأمور بالقراءة وما دون هذه القدر لا يسمى قارئا عرفا فاشبه
ما دون الآية وحاصل هذا الاختلاف راجع الى اصل مختلف فيه وهو ان الحقيقة المستعملة
اولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما المجاز المتعارف اولى فقالا الآية القصيرة
لم تتعارف قرآنا لانه اذا قرأ لم يلد ولم يولد لا يسمى قارئا للقرآن عرفا لان القرآن معجز
وهو ليس بمعجز لان ادنى ما يقع به الاعجاز سورة او آية تعادلها وقال ابو حنيفة انها من القرآن
واسم القرآن يطلق على آية وان قصرت لانه اسم للمنزل المنظوم الخاص ولهذا يثبت في
حقها وجوب التعظيم والكفر بالجحود فكان ينبغي يجوز بما دون الآية الا انها
ليست في معناه ولهذا لا يحرم ما دون الآية على الجنب والحائض بخلاف الآية
وسنتها اي سنة القراءة عجلة الفاتحة واي سورة شاء لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قرأ في صلاة الفجر في السفر بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط شطر الصلاة فلأن
يؤثر في تخفيف القراءة اولى واحنيته بالفتح الا انه والقرآن البروج وانشقت في الفجر
ليحصل الجمع بين رعاية السنة في القراءة وبين التخفيف الحاصل بالسفر وقد صح انه عليه السلام
قرأ في الفجر في السفر سورة التكوير وانما نقطا وفي العصر والعشاء دون ذلك
وفي بالظهر بالنص صاحبا كذا في الكافي وفي الحضر اربعون آية او خمسون يعني سنتها
ان يقرأ في الحضر في الفجر حال الاختيار باربعين آية او خمسين في الفجر سوى الفاتحة والمراد
اربعون فيهما في كل ركعة عشرون كذا في النهاية والعناية والكافي ويروى من اربعين الى
ستين ومن ستين الى مائة بكل ذلك ورد الاثر لانه روي ابو برزة الاسلمي انه صلى الله
عليه وسلم كان يقرأ في الفجر من الستين الى المائة ويروى انه عليه السلام قرأ سورة ق
والذاريات ويروى انه قرأ سورة المزمل والمدثر ويروى انه سورة الم تنزيل السجدة
وهل اتى على الانسان والمشايخ وفقوا بين الروايات فقيل الاربعون للكسالى
وما بين خمسين الى ستين للاوساط وما بين ستين الى مائة للراغبين كالمتهجد وقيل
وقيل ينظر الى كثرة الاشتغال وقلتها وقيل ينظر الى طول الآية وقصرها
واستحسنوا طوال المفصل بها ان في الفجر والى الظهر لان الظهر مثل الفجر في سعة
واوساط في العصر والعشاء وقصاره في المغرب والاصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه
الى ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الظهر الفجر والظهر بطوال المفصل والعصر والعشاء
باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل والمقادير لا تعرف الا سماعا
فالمنقول عنه كالمروي عن النبي عليه السلام
ومن الحجرات الى البروج طوال ومنها الى لم يكن اوساط ومنها الى الآخر قصار

وقيل

وقيل طوال منها الى عبس واوساط من كورت الى والضحى والقصار منها الى آخر المصحف
يقول الفقير وعلى هذا دخل النبأ في المعنى في قوله الى عبس من الآخرين تنبيه
الطوال بكسر الطاء جمع طويل والمفصل بفتح الصاد السبع السابع سمي به لكثرة
وهو من سورة محمد وقيل من سورة الفتح وقيل من سورة ق الى آخر القرآن كذا في الكافي
يقول الفقير فعلى هذا قوله من الحجرات طوال اما بتقدير المضاف اي من آخر الحجرات
فيكون اول الطوال سورة ق على ما ذكر بالنظر الى رواية غير رواية صاحب الكافي
وكذا الكلام فيما ذكره صاحب الوقاية والدرر وفي الضرورة بقدر الحال
يعني يقرأ حالة الضرورة وهي خوف فوت الوقت وخوف العدو وغيرهما من الضرورات
بقدر ما اقتضاه الحال ثم اعلم ان الامام ينبغي ان ينظر الى حال المقتدين لكن فيهم
المريض والضعفاء والشيوخ فيقرأ بقدر ما فيه الاثر لما قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضي الله عنه حين شكوا اليه من تطويل القراءة في العشاء افتان
انت يا معاذ اين انت من سبح اسم ربك الاعلى والشمس وضحيها واما اذا كان
المقتدون راغبين الى تطويل القراءة فليقرأ الامام مقدار ما شاء بشرط ان لا يؤدي
الى خروج الوقت ودخوله في المكروه روي ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه
قرأ في الفجر سورة البقرة فلما فرغ قال له عمر رضي الله عنه كادت الشمس تطلع يا خليفة رسول الله
فقال لو طلعت لم تجدنا غافلين وعمر رضي الله عنه قرأ في الفجر سورة يوسف فلما
انتهى الى قوله انما اشكو بثي وحزني الى الله خنقته العبرة فركع ويسن في الوتر
ان يقرأ في الاولى سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية قل يا ايها الكافرون
وفي الثالثة قل هو الله احد لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل كذلك
وتطال الاولى على الثانية في الفجر فقط يعني اطالة القراءة في الركعة الاولى على الثانية في الفجر
مسنونة اجماعا ليدرك الناس الجماعة وعند محمد في الكل لان التطويل في الفجر
باعتبار انه وقت غفلة فتطول الاولى ليدرك الناس الجماعة وهذا المعنى موجود في سائر
الاوقات الغفلة هنالك بالاشتغال بالكسب وهناك بالنوم ولهما ان الثانية كالاولى في استحقاق
ولهذا استويا في ضم السورة وصفة الجهر فاستويا في المقدار واغا تركنا القياس في
لانه وقت نوم وغفلة وغيره وقت علم ويقظة والغفلة بالاشتغال بالكسب مضافا
الى تقصيرهم واختيارهم حتى يعاقب عليه بخلاف النوم ولهذا لا يعاقب عليه
ثم يعتبر التطويل من حيث الآي اذا كان بين ما يقرأ في الاولى وبين ما يقرأ في الثانية تفاوت
واما اذا كان بين الآي تفاوت طولا وقصرا فيعتبر التفاوت من حيث الكلمات والحروف
وبعد هذا اختلف المشايخ بعضهم قالوا ينبغي ان يكون التفاوت بينهما بقدر الثلث
الثلثان في الاولى والثلث في الثانية وفي شرح الطحاوي قال ينبغي ان يقرأ في الاولى
بثلاثين آية وفي الثانية بعشر آيات او عشرين هذا بيان الاولوية واما
بيان الحكم فنقول ان التفاوت وان كان فاحشا بان قرأ في الاولى باربعين آية
وفي الثانية بثلاث آيات لا بأس به وفي شرح الآثار واما اطالة الركعة الثانية على
فمكروه بالاجماع لكن انما تكره اذا كانت بثلاث آيات فان كانت باية او آيتين
لانه عليه السلام قرأ في المغرب بالمعوذتين والآخرة اطول من الاولى باية قالوا وانما يكره
ذلك في الفرائض دون السنن والنوافل لان امر التطوع اسهل هذا كله اذا كان اماما
واما اذا كان منفردا قرأ ما شاء لان على الامام ان يراعي حق القوم ذكر ابو بكر رحمه الله
الا فضل ان يطول القراءة اذا كان يصلي وحده وان كان بجماعة لا يطول تيسيرا على الناس
ولا يتعين شيء من القرآن لصلاة بحيث لا يجوز غيره لاطلاق قوله تعالى فاقرأوا ما تيسر
وكره التعيين اي تعيين سورة لصلاة لما فيه من هجر الباقي فان عامة
ليس شيء من القرآن مهجورا وهذا اذا عين سورة لصلاة ولازم على قراءتها فاما ان يقرأ

وقيل الملازمة انما تكره اذا لم يعتقد بغيره الجواز او اعتقد بغيره الكراهة واما اذا اعتقد
الجواز بغيرها بدون الكراهة وانما قراها لانها ايسر عليه فلا تكره فان قلت ما الفرق
بين هذه المسئلة وبين المسئلة التي قبلها قلت الفرق بينهما ان المسئلة الاولى
في تعيين السورة مع اطلاق الصلوات بان يعين سورة في الصلوات كلها وهو
احتراز عن مذهب الشافعي فانه عين قراءة الفاتحة لجواز الصلوات وقال
لا يجوز الصلوات بغيرها من السور فقلنا انه باطل لاطلاق قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران
ومعنى الثانية يكره ان يعين المصلي شيئا من القران مثل الم السجدة وهل اتى على الانسان
لشيء من الصلوات كالفجر يوم الجمعة لاعتقاده لا يجوز بغيرها وهو ايضا احتراز عن قول [illegible]
فانه يرى ذلك مستحبا لحديث ابن مسعود رض ان النبي عليه السلام كان يقرؤهما في صلوة [illegible]
فكيف يكون مكروها قلنا ان في ذلك هجر الباقي وايهام التفضيل بلا دليل
وذلك مكروه لقوله تعالى وقال الرسول يا رب ان قومي اتخذوا هذا القران مهجورا
ثم اعلم انه يكره للانسان ان يخص لنفسه مكانا في المسجد يصلي فيه لانه ان فعل ذلك
يصير الصلاة له في ذلك المكان طبعا والعبادة متى صارت طبعا كان سبيلها الترك
ولهذا كره صوم الابد كذا في النهاية نقلا عن الامام التمرتاشي
ولا يقرأ المؤتم بل يستمع وينصت فالمذهب عند اهل الكوفة انه لا يقرأ في شيء من الصلوات
وعند اهل المدينة منهم مالك يقرأ في صلاة الظهر والعصر ولا يقرأ في صلاة الجهر
وعند الشافعي يقرأ في كل صلاة الفاتحة الا ان في صلاة الجهر اوان قراءة الفاتحة
بعد فراغ الامام منها فان الامام ينصت حتى يقرأ المقتدي الفاتحة واستدل بقوله
لا صلوة الا بقراءة والمعنى فيه ان القراءة ركن من اركان الصلاة فلا يسقط بالاقتداء
ولنا قوله تعالى واذا قرئ القران فاستمعوا له وانصتوا واكثر اهل التفسير على ان هذا خطاب [illegible]
وقوله عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة حدثه ابو حنيفة في مسنده عن جابر
وعن عبد الله بن شداد وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهم لا يقال
الحديث معارض بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة الا بقراءة لانا نقول سلمنا
ان لا صلاة الا بقراءة لكن ليس الكلام فيه وانما الكلام في ان قراءة الامام قراءة له
وحديثهم لا يدل على نفي ولا اثبات وحديثنا يدل على ثبوته فقلنا به ومنع
المقتدي عن القراءة خلف الامام مروي عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة رضي الله عنهم
وقد جمع اساميهم اهل الحديث قال سعد بن ابي وقاص من قرا خلف الامام فسدت [صلاته]
والمعنى ان القراءة غير مقصودة لعينها بل للتدبر والتفكر والعمل وحصول هذا
عند قراءة الامام وسماع المقتدي فاذا اشتغل كل واحد منهم بالقراءة
لا يتم هذا المقصود فان قلت التعليل بهذا التدبر والتفكر انما يصح في صلاة
يجهر فيها والخلاف ثابت بيننا وبينه في صلاة يخافت فيها فكيف يوجد هذا
قلت اصل القراءة في الصلاة الجهر قال الله تعالى ولا تجهر بصلوتك
ولا تخافت بها وابتغ بين ذلك سبيلا فالاستماع واجب على ذلك ثم امرنا بالمخافتة
في صلاة النهار دفعا لمحاكاة الكفار فبقي الحكم على الاصل
ثم ان المقتدي اذا قرا خلف الامام في صلاة لا يجهر فيها ففيه اختلاف المشايخ
قال بعضهم لا يكره واليه مال الشيخ الامام ابو حفص رحمه الله
وبعض مشايخنا ذكروا في شرح كتاب الصلاة ان على قول محمد
لا يكره وعلى قولهما يكره وقال شمس الائمة السرخسي تفسد
صلاته في قول عدة من الصحابة رضي الله عنهم وعن عبد الله البلخي احب ان يملأ
فوه من التراب وقيل يستحب ان يكون احتياطا قال النبي عليه السلام
من قرا خلف الامام فقد اخطأ الفطرة هـ

وان قرا امام

وان قرا امام اية الترغيب والترهيب اعلم ان هنا ثلاث مسائل مسئلة في المتنفل
والجواب فيها انه اذا كان في التطوع فهو حسن لحديث حذيفة رض قال صليت
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الليل فما مر باية فيها ذكر الجنة الا وقف وسال
وما مر باية فيها ذكر النار الا وقف وتعوذ بالله من النار وان كان في الفرض يكره
لانه لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه فعل ذلك ولا عن الائمة بعده فكان محدثا
ومسئلة في الامام والجواب فيها انه لا يفعل ذلك في الصلاة لانه لم ينقل ذلك عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولا عن الائمة بعده ولانه يؤدي الى تطويل الصلاة على القوم وانه [illegible]
ومسئلة في المقتدي والجواب فيها انه يستمع وينصت ولا يشتغل بالدعاء
قال الله تعالى واذا قرئ القران فاستمعوا له وانصتوا امر بهما والامر للوجوب ثم
والدعاء يخل بالانصات فلا يجوز وقد حفظ ابو حنيفة ... في هذا الجواب حيث
انه لا يسال الجنة ولا يتعوذ من النار ولكنه قال يستمع وينصت فيحصل بهذا الجواب
او خطب معطوف على قرا ولما كان الخطبة قائمة مقام ركعتي الظهر نزل منزلتها
فلا يرد اعتراض الزيلعي في شرح الكنز على عطف خطب على قرا
ولا تمس الحاجة الى ما قاله صاحب الدرر كذا في الاصلاح والايضاح تشنيع شراح
روي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من قال لصاحبه والامام يخطب انصت فقد لغا ومن لغا فلا صلوة له
او صلى على النبي صلى الله عليه وسلم يعني يستمعون وينصتون ايضا وان صلى الامام
لان الصلاة على النبي عليه الصلاة والسلام ليس بفرض واستماع الخطبة فرض
فلا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض قال صاحب الهداية الا ان يقرأ الخطيب
يا ايها الذين امنوا صلوا عليه وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه لان الخطيب حكى
عن الله وعن ملائكته انه يصلي وانهم يصلون ثم حكى امر الله للمؤمنين بقوله يا ايها الذين
فكان على القوم ان يشتغلوا بالصلاة تحقيقا لما طالبهم كذا في العناية والنائي والداني
قال صاحب الهداية واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات
وقال صاحب العناية اذا كان نائيا عن المنبر بحيث لا يسمع الخطبة فقد اختلفوا في ان قراءة [illegible]
روي عن محمد بن سلمة انه قال الانصات اولى وهو اختيار الكرخي واختاره صاحب [illegible]
وقال بعضهم قراءة القران اولى وهو اختيار الفضلي لان الامر بالانصات انما كان لاجل [illegible]
وحيث فات ذلك يقرأ القران احرازا لثواب قراءة القران ثم اعلم انه كما ينبغي للقوم [illegible]
لا يتكلم الامام في خطبته بشيء لانه ذكر منظوم فالتكلم في خلاله يذهب بهاءه وكذا التشميت
لا يأتي بها الا في رواية رويت عن ابي يوسف فانه يقول رد السلام فرض والاستماع [سنة]
ولكنا نقول رد السلام انما يكون فرضا اذا كان السلام مشروعا وفي حال الخطبة
منهي عن السلام فلا يكون رده فرضا كذا في النهاية يقول الفقير كيف
يروى عن ابي يوسف ان رد السلام فرض والاستماع سنة وقد قال صاحب النهاية نقلا
وصاحب العناية عينه استماع الخطبة فرض وذكر الله تعالى والصلاة على النبي عليه الصلاة [والسلام]
فلا يجوز ترك الفرض لاقامة ما ليس بفرض ... غيره ان ينكر ان الاستماع سنة في رواية
اللهم الا ان يحمل على اختلاف الروايتين عن ابي يوسف لكنه لم يوجد في الكتب التي عندنا وعن الامام
ابي بكر محمد بن الفضل انه قال اذا كان رجل بعيد من الامام والدعوات فدخل عليه رجل في حال [illegible]
وكذا لو سلم على المدرس في حال درسه له ان لا يرد وكذا لو سلم على ... له ان [illegible]
في مبسوط شيخ الاسلام روي عن عبد الله بن عمر رضه انه سمع رجلا يقول لصاحبه والامام
في خطبة الجمعة لغا فقال له صاحبه انصت فلما فرغ قال للذي قال له انصت اما انك
ولصاحبك فحمار واما انت قد تكلمت بالكلام بما هو امر بالمعروف وان كان فرضا لكن ترك
فرض الاستماع فلاده يجمع ما هو من كلام الناس اولى كذا في النهاية

فصل

الجماعة سنة مؤكدة اى سنة قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل بمعاهدتها على وجود الايمان بخلاف سائر المشروعات وهي التي تسميها الفقهاء سنة الهدى التي اخذها هدى وتركها ضلالة واشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق وليس المراد بالمنافق المنافق المصطلح وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الايمان والا لكانت الجماعة فريضة لان المنافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة ولا يثبت بترك الفريضة من غير استحلال والجماعة من خصائص دين الاسلام فانها لم تكن مشروعة في دين من الاديان سوى دين الاسلام ولا يصح لقول من يجعلها فرض عين كاحمد واصحاب الشافعي ويقول لو صلى وحده لم يجز ولا لقول من يقول انها فرض كفاية كاكثر اصحاب الشافعي والكرخي والطحاوي لانهم يستدلون باية مأولة وهي قوله تعالى واركعوا مع الراكعين او بخبر واحد وهما لا يفيدان الفرضية كذا في العناية ووقع في النهاية تفصيل يتعلق بها ان شئت فراجعه

واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة اى بالفقه والشريعة اذا كان يحسن من القراءة ما يجوز به الصلاة ثم اقرأهم وعند ابي يوسف بالعكس يعني اولاهم عنده اقرأهم لكتاب الله تعالى اى اعلمهم بالقراءة ثم اعلمهم بالسنة لان القراءة ركن في الصلاة لا بد منها والحاجة الى العلم انما تكون اذا نابت نائبة اذا عرض عارض لكن قد يعرض ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم يحتاج اليه لسائر الاركان والخطأ المفسد للصلاة لا يعرف الا بالعلم والمصلح لها كذلك وقوله صلى الله عليه وسلم يؤم القوم اقرأهم بكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة وان كان الاعلم متأخرا الا انهما قالا ان الاقرأ في الصدر الاول كان هو الاعلم لانهم كانوا يتلقون القرآن باحكامه على ما روي ان عمر رضي الله عنه حفظ سورة البقرة في ثنتي عشرة سنة فالاقرأ فيهم يكون اعلم البتة ولا يوجد في ذلك العصر اقرأ غير اعلم فلذلك قدم في الحديث الاقرأ كما انه صلى الله عليه وسلم قال يؤم القوم اقرأهم الذي هو اعلمهم فان كانوا سواء فاعلمهم من غير ان يكون اقرأ ولا كذلك في زماننا لانه قد يكون الرجل ماهرا في القراءة ولا حظ له من العلم فعندنا الاعلم اولى بشرط ان يحسن من القرآن ما يجوز به الصلاة ثم اورعهم لقوله صلى الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع وقوله صلى الله عليه وسلم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي ثم اسنهم لانه اذا كان اكبرهم سنا يكون اعظمهم حرمة عادة ورغبة الناس في الاقتداء به اكثر ثم احسنهم خلقا اى احسنهم معاشرة مع الناس روي عن ابي مسعود الانصاري البدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يؤم القوم اقرأهم بكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا سواء فاكبرهم سنا فان كانوا سواء فاحسنهم خلقا فان كانوا سواء فاصبحهم وجها اى احسنهم وجها قالوا المراد منه اكثرهم صلاة بالليل لما روي انه عليه السلام قال من كثر صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار قال صاحب الدرر ثم الاشرف نسبا ثم الانظف ثوبا لان في هذه الصفات تكثير الجماعة وان استووا في هذه الصفات يقرع او الخيار الى القوم كذا في معراج الدراية وقال بعضهم صاحب البيت اولى بالامامة ويكره امامة العبد لانه لا يتفرغ للتعلم وقال الشافعي لا يترجح الحر عليه اذا استويا في القراءة والعلم والورع لقوله صلى الله عليه وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع والجواب ان تقديمه يؤدي الى تقليل الجماعة لان الناس يستنكفون عن متابعته والمراد بالحديث الامراء والاعرابي لان الغالب عليه الجهل وهو الذي يسكن البادية عربيا كان او عجميا

والاعمى

حاشية

ذكر على القاري عليه رحمة الباري في شرح نخبة الفكر في مصطلح اهل الاثر ان الامام اسمعيل الشرواني قال لبعض تلامذته انا وانت انسان واحد لانك تحفظ القرآن ومبناه وانا اعرف تفسيره ومعناه فكانه قسم كل الانسانية في قسمين علم مبنى القرآن وعلم معنى الفرقان فتفضح ويتفطن ايها الناظر لهذه الحاشية انه لا يحصل العلمين حتى تكون كاملا في الانسانية

تحرير اخوند البرية

والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة ولا يهتدي الى القبلة بنفسه ولا يقدر على استيعاب الوضوء والفاسق لانه لا يهتم بامر دينه والمبتدع اى صاحب هوى لا يكفر به صاحبه حتى اذا كفر لم يجز الصلاة خلفه وولد الزنا لانه ليس له اب يؤدبه ويعلمه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة ثم الفاسق اذا كان يؤم وعجز القوم عن منعه تكلموا قال بعضهم في صلاة الجمعة يقتدى به ولا يترك الجمعة بامامته واما في غير الجمعة من المكتوبات فلا بأس بان يتحول الى مسجد آخر ولا يصلي خلفه ولا يأثم بذلك وان تقدموا جاز والجواز في العبد فلما روي عن ابي سعيد مولى ابي اسيد قال عرست وانا عبد فدعوت رهطا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم ابو ذر فحضرت الصلاة فاراد ابو ذر ان يؤم بالقوم فقالوا انت في بيت غيرك فقدموني وصليت بهم واما في الاعرابي فلان الله تعالى اثنى على بعض الاعراب بقوله ومن الاعراب من يؤمن بالله واليوم الآخر لكن غيره اولى لانه سبحانه ذم بعضهم بقوله الاعراب اشد كفرا ونفاقا واما في الاعمى فان النبي عليه السلام استخلف ابن ام مكتوم على المدينة مرتين وعتبان بن مالك وكانا اعميين والبصير اولى لانه قيل لابن عباس بعدما كف بصره الا تؤم قال وكيف اؤمكم وانتم يسوقونني الى القبلة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذا اذا كان من البصراء من هو افضل منه واما اذا لم يكن غيره افضل منه فانه يؤم ويكون اولى الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استخلف ابن ام مكتوم وعتبان بن مالك يؤمان بعدما كف بصرهما واما في الفاسق فلان كبار الصحابة كعبد الله بن عمر وانس بن مالك وغيرهما من الصحابة وكذلك التابعون كانوا يصلون خلف الحجاج صلاة الجمعة وغيرها مع انه افسق اهل زمانه حتى قال الحسن قال عمر بن عبد العزيز لو جاءت كل امة بخبيثاتها وجئنا بابي محمد لغلبناهم وروي ان الحجاج كان يخطب يوم الجمعة فاطال الخطبة حتى كاد يدخل وقت العصر فقام ابن عمر وقال اقصر يا حجاج الزمك الله الماثم كما الزمتني فلما فرغ الحجاج دعا ابن عمر ليقتله فقال اما تخشى ان الله ليسلطني على مالك فاخذه او على دمك فاهريقه او على نفسك فاضربها فقال ابن عمر اما يكفيني اني صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلف ابي بكر وعمر والآن اصلي خلفك وانت من افسق الناس فثبت ان امامة الفاسق جائز واما جوازه في المبتدع وولد الزنا والفاسق ايضا فلقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر وقد ساق صاحب الهداية دليلا لجواز الاقتداء في الكل مع جهة مبين في الشرح ويكره تطويل الامام لقوله عليه السلام من ام قوما فليصل بهم صلاة اضعفهم وروي انه عليه السلام قرأ بالمعوذتين في صلاة الفجر يوما فلما فرغ قالوا اوجزت قال سمعت بكاء صبي فخشيت على امه ان تفتتن فدل هذا على ان الامام ينبغي ان يراعي حال قومه وكره جماعة النساء وحدهن لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم لان امامهن ان تقدم عليهن يكون زيادة الكشف وان توسط يكون ترك مقام الامام الذي هو التقدم وكل منهما حرام فان فعلن يقف الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك ولان في التقدم زيادة الكشف وبعض الشراح نقله من بعض كتب العراقيين فانهم اذا صلوا لم يتقدم ذكر شيخ الاسلام ان العراة اذا كانوا جماعة يصلون وحدانا قعودا يومئون فلا يصلون بجماعة لانهم لا يتوصلون الى اقامة الجماعة الا بعد ارتكاب امر مكروه لانه الامام يحتاج الى ان يتقدم وسطهم متى صلوا بجماعة كيلا يقع بصرهم على عورة وهذا امر مكروه والجماعة سنة وترك ما هو سنة اولى من ارتكاب ما هو مكروه وهذا عندنا وقال الحسن البصري انهم يصلون جماعة لانهم يتوصلون الى اقامة الجماعة من غير ان يرتكبوا مكروها بان يتقدم امامهم ويغضوا ابصارهم عن عورة الامام الا انا نقول انهم يحتاجون الى ان يغضوا ابصارهم وانه مكروه حالة الاختيار كقيام الامام وسط الصف فصح انهم لا يتوصلون الى اقامة الجماعة

ولا يحضرن الجماعات لما فيه من خوف الفتنة الا العجوز في الفجر والمغرب والعشاء لان الفسقة يجتمعون في الظهر والعصر وفرط شبقهم قد يحملهم على رغبة العجائز وفي الفجر والعشاء نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون وفي العيد والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره في العيد وهذا عند ابي حنيفة وجوزا حضورها اي العجوز في الكل اي في كل الصلوات لان الجماعة مشروعة في حقهن كما في الرجال والفتنة معدومة لان العجائز غير مرغوب فيها فلا يكره ولابي حنيفة ان احتمال الفتنة قائم لان المنتقبة لا تعرف انها عجوز ام لا مع ان فرط الشبق حاصل كما ذكرنا قال صاحب الكافي والفتوى اليوم على الكراهة في كل الصلوات لظهور الفساد ومتى كره حضورهن المسجد للصلاة لان يكره حضورهن مجالس الوعظ خصوصا عند هؤلاء الجهال الذين تحلوا بحلية العلماء اولى ذكره فخر الاسلام انتهى ومن صلى مع واحد قام عن يمينه لانه عليه السلام صلى بابن عباس فاقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام في ظاهر الرواية وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام وان كان المقتدي اطول فوقع سجوده امام الامام لم يضره لان العبرة لموضع الوقوف لا لمكان السجود وان صلى في يساره او خلفه جاز وهو مسيء فيهما في الاصح لمخالفة السنة ويتقدم على اثنين فصاعدا وعن ابي يوسف يتوسطهما لان ابن مسعود رض صلى بعلقمة والاسود في بيته وقام في وسطهما لنا انه عليه السلام صلى بانس ويتيم فاقامهما خلفه وما رويناه وروياه

والمرأة في حكم الاصطفاف كالعدم حتى لو كان خلفه رجل واحد وامرأة يتقدم الرجل عند الامام كما لو لم يكن معه امرأة فالاثر دليل الاباحة والخبر دليل الافضلية وان كان القوم كثيرا وقام الامام وسط الصف او قام في ميمنة الصف او ميسرته فصلاتهم تامة وقد اساء الامام اما جواز صلاة الامام فلانه كالمنفرد فيما يصلي وصلوة القوم ايضا جائزة لانهم ما تقدموا امامهم الا ان الامام يكون مسيئا لانه ترك السنة من كل وجه بغير عذر وهي التقدم على القوم في الصورة الاولى والقيام بازاء وسط الصف في الصورة الثانية الا ترى ان المحاريب ما نصبت الا في وسط المساجد وهي عينت لمقام الامام كذا في الخلاصة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم الخناثى ثم النساء لقوله صلى الله عليه وسلم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى وتقدم الصبيان على الخناثى والنساء لان الصبيان تابعة للرجال لاحتمال واحتمال كون الخناثى اناثا وتقديم الخناثى لاحتمال كونهم ذكورا والخناثى بفتح الخاء والثاء جمع كالحبالى جمع الحبلى فان حاذته مشتهاة في صلاة مطلقة مشتركة تحريمة واداء في مكان متحد بلا حائل فسدت صلاته ان نوى امامتها قيل في حد المحاذاة المفسدة هي محاذاة المرأة المشتهاة حالا الرجل في صلاة مطلقة مشتركة تحريمة واداء وقد استويا في المكان وليس بينهما حائل قد نوى امامتها فشرطنا المحاذاة مطلقا لتناول كل الاعضاء او بعضها قال في الخلاصة محالا على فوائد القاضي ابي علي النسفي حد المحاذاة ان يحاذي عضو منها عضوا من الرجل لو كانت المرأة على الظلة ورجل بحذائها اسفل منها ان كان يحاذي الرجل شيئا منها تفسد وجعلنا المرأة مطلقة ليتناول الاجنبية والمحرم والحليلة والصغيرة المشتهاة وجعلنا المشتهاة اعم من ان تكون حالا او ماضيا ليتناول الكبيرة التي يتنوع عنها الرجال لانها كانت مشتهاة فيما مضى وذكر في المحيط ونعني بالمرأة من تكون ممن يصح منها الصلاة حتى ان المجنونة اذا حاذت الرجل لا تفسد صلاة الرجل وان كانت بالغة مشتهاة لانه لا يصح والصبية التي تعقل الصلاة اذا كانت لا تشتهى تحاذت الرجل صلاة وشرطنا الصلاة المطلقة ليقع الاحتراز عن صلاة الجنازة حتى لا تفسد محاذاتها الرجل فيها وشرطنا كون الصلاة مشتركة بينهما تحريمة واداء ونعني بالاشتراك في التحريمة ان يبني احدهما تحريمته على تحريمة الآخر او بنيا تحريمتهما على تحريمة ثالث وبالاشتراك في الاداء ان يكون احدهما اماما للآخر فيما يؤديانه او يكون لهما امام فيما يؤديانه اما حقيقة كالمقتديين او حكما كاللاحقين يعني رجل وامرأة اقتديا برجل فسبقهما حدث وتوضئا وبنيا وقد فرغ الامام فحاذت المرأة الرجل فسدت صلاة الرجل

لا للامام حكما فانه التزم ان يؤدي جميع صلاته خلف الامام فاذا سبقه الحدث فهو كانه خلف الامام حتى يثبت له احكام المقتدي
وهو الذي ادرك آخر صلاة الامام فانه لم يلتزم اداء الكل خلف الامام فهو في اداء ما يقضيه كمن صلى منفردا حتى يجب عليه القراءة
تحريمة وبنيا على تحريمة الامام فليسا مشتركين اداء فان حاذت امرأة رجلا في اداء ما سبقا لم تفسد صلاة الرجل
[illegible]

مطلب في كراهة حضور النساء مجالس الوعظ

وشرطنا ان لا يكون بينهما حائل حتى اذا كان بينهما حائل مثل مؤخرة الرحل او فوقها لا تتحقق الفساد وشرطنا ان ينوي الامام امامتها حتى ان لم ينو امامتها لا يصح اقتداؤها فلا تفسد المحاذاة صلاته وانما فسدت صلاة الرجل بالشرائط المذكورة عندنا استحسانا والقياس ان لا تفسد قياسا على صلاتها لان المحاذاة تقوم بهما ولو كانت علة الفساد وهي قائمة بها ايضا لكان الحكم وهو الفساد ثابتا في حقها اذ الاستواء في العلة يقتضي الاستواء في المعلول فلما لم يفسد صلاتها دل هذا على انها ليست بعلة وبه اخذ الشافعي ووجه الاستحسان قوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فيجب المكان ولا مكان يجب على الرجل تأخيرها منه الا مكان الصلاة واذا لم يؤخرها فقد ترك فرضا خوطب والمخاطب بتأخير الرجل لا المرأة ففسد المخصوص بالتارك لانه التارك لفرض المقام ولا تدخل في صلاته بلا نية وقال زفر تدخل كما يدخل الرجل وان لم ينو الامام لنا ان اقتداءها لو صح بلا نية يلزمه في صلاته فيكون الزاما عليه بدون الالتزام منه بخلاف الرجل لانه لا يلزم الامام باقتدائه شيء وفي الخلاصة الصحيح ان اقتداءها بلا نية الامام في الجمعة والعيدين جائز لانها لا تتمكن من الوقوف بجنب الامام للازدحام ولا تقدر ان تنفرد بهما وحدها كذا في الخلاصة قال الفقير يعلى هذا يكون دليلنا مشتركا ثم تدبر حتى يظهر لك وفسد اقتداء رجل بامرأة لما روينا آنفا من قوله عليه السلام اخروهن الحديث او صبي لانه متنفل لا يجوز لان الامام ضامن بالحديث والصبي لا يصلح ضامنا لتنفله فكيف يضمن صلاة المقتدي وفيه خلاف لان اقتداء المفترض بالمتنفل يجوز عنده وقال مشايخ بلخ يصح اقتداء البالغ بالصبي في التراويح والسنن المطلقة كذا في الهداية قال صاحب العناية والنهاية يعني بالسنن المطلقة السنن الرواتب المشروعة قبل الفرائض وبعدها وصلاة العيدين في رواية عنهما وصلاة الكسوف والخسوف والاستسقاء عندهما والطاهر بمعذور قال يعقوب باشا نقلا عن المجتبي وكذا لا يجوز اقتداء معذور بمعذور ان اختلف عذرهما وقارئ بامي ومكتس بعار وغير موم بموم ومفترض بمتنفل لان في كل منها بناء القوي على الضعيف او بمفترض فرضا آخر لانتفاء الاشتراك والاقتداء شركة وموافقة وعند الشافعي يصح لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى فان قيل قد صح ان معاذا رض كان يصلي العشاء مع النبي صلى الله عليه وسلم ثم يرجع فيصليها بقومه في بني سلمة وكان صلاته هي فرضا وصلاة قومه نفلا اجيب ان ذلك لا يلزم لان معاذا جاز ان يكون ينوي معه النفل ويصلي مع قومه الفرض ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض ويجوز اقتداء غاسل بماسح لان الخف مانع من سراية الحدث الى الرجل وما على الخف طهر بالمسح ومتنفل بمفترض لانه بناء الاضعف على الاقوى جائز لانه يحتاج الى نية اصل الصلاة وهو موجود في حق الامام بخلاف العكس لان المفترض يحتاج الى نية الصلاة والى نية الفرض وانه معدوم في المتنفل وموم بمثله لاستوائهما في الحال الا ان يومئ المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر وقائم باحدب لاستواء حالهما لانه يسمى قائما عرفا وكذا اقتداء المتوضئ بالمتيمم يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة قال يعقوب باشا يعني المتوضئ الذي ليس معه ماء وانما قيدنا به لانه لو كان معه ماء لا يجوز اقتداؤه بالمتيمم والقائم بالقاعد لانه روي انه صلى الله عليه وسلم كان آخر صلاته قاعدا والقوم خلفه قيام خلافا لمحمد فيهما اي في المسئلتين لانه قال التيمم ضرورة والطهارة بالماء اصلية وقال ايضا حال القائم اقوى فلا يجوز اقتداؤه بالقاعد وهو القياس وان علم ان امامه كان محدثا اعاد لقوله عليه السلام ايما رجل صلى بقوم ثم تذكر جنابة اعاد واعادوا ولان صلاة المأموم متعلقة بصلاة الامام صحة وفسادا ولهذا يلزم المأموم سهو الامام ويكتفي بقراءته فاذا كانت صلاته متعلقة بصلاته تفسد بفسادها وعند الشافعي لا يعيد لانه تابع له في الموافقة لا في الصحة والفساد وان اقتدى امي وقارئ بامي فسدت صلاة الكل اما صلاة القارئ فلانه ترك القراءة مع القدرة عليها واما صلاة الاميين فلانهما لما رغبا في الجماعة وجب ان يقتديا بالقارئ ليكون قراءته قراءة لهما فتركا القراءة التقديرية مع القدرة عليها وقالا فسدت صلاة القارئ فقط ان تفسد صلاة لا صلاة الاميين لان احدهما امي لم اميا ولو استخلف الامام القارئ اميا في الاخريين فسدت لان كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية فتخلو الاخريان عن القراءة تحقيقا وتقديرا

ثم اعلم ان المأموم ثلاثة انواع مدرك ولاحق ومسبوق فالمدرك من ادرك اول الصلاة مع الامام وصلاها معه الى آخرها واللاحق من ادرك اولها وفاتته من آخرها بسبب الحدث او النوم فيها والمسبوق من ادرك آخرها وفاته اولها ويقضي المسبوق ما فاته بقراءة واللاحق بغير قراءة والمنفرد كالمأموم كما لا يخفى

مطلب تعريف المدرك واللاحق والمسبوق

باب الحدث في الصلاة

لما ذكر احكام الصلاة على العوارض انفرادا وجماعة لانها هي الاصل ذكر في هذا الباب ما يعرض لها من العوارض ويمنعه من المضي من سبقه حدث في صلاة اي عرض له حدث بلا اختيار انصرف من غير مكث وتوضا وبنى وانما قلنا انصرف من غير مكث لانه لو مكث ثم توضا يلزم اداء جزء من الصلاة مع الحدث فبطل القياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستانف والامام والمقتدي يبنيان لفضيلة الجماعة قال صاحب الخلاصة المرأة كالرجل في البناء المذكور ان امكنها ان تمسح على خمارها وتصل البلة الى شعرها واما اذا احتاجت الى كشف الراس لا يجوز لها البناء كشف الذراع لا يمنع البناء لانها ليست بعورة في رواية عن ابي حنيفة قال ابن الملك وفي المحيط لو وقع على راسه الكمثرى من الشجرة في صلاة فشجه يبني عند ابي يوسف لانه لا صنع له فيها كالسماوي وعندهما لا يبني لان انبات الشجرة بصنع العباد لكنه ليس بصنع المصلي على ان وقوع الكمثرى على راسه ليس بصنع العباد الا ان يقال وقوف المصلي تحت هذه الشجرة اخرجه عن كونه سماويا لكنه بعيد وان كان اماما جر آخر من خلفه الى مكانه واضعا يده على موهما انه رعف ليقطع الظنون هكذا روي عن النبي عليه السلام ولو احدث في ركوعه او سجوده يتوضا ويعود بلا رفع راسه ولو ترك ركوعا يشير اليه بوضع يده على ركبتيه وفي السجود بوضعها على الجبهة وفي القراءة على الفم كذا في ابن الملك فاذا توضا الخ من كان اماما او مقتديا عاد واتم في مكانه حتما ان كان اماما اي الامام ومعه الذي استخلفه او الامام المقتدي لم يفرغ حتى لو اتم الامام والمقتدي بقية صلاتهما في موضع وضوئهما لا يجوز لان بينهما وبين امامهما ما يمنع صحة الاقتداء من طريق او نهر او حائط ولهذا اذا فرغ الامام او لم يكن بينهما حائل جاز ان يبنيا في منزلهما والا اي وان لم يكن يفرغ امامه بل فرغ فهو او من سبقه الحدث من كان اماما او مقتديا بل ايضا مخير بين العود وبين الاتمام حيث توضا وانما خير لان في الاتمام حيث توضا قلة المشي وفي العود اداء الصلاة في مكان واحد فيميل الى ايهما شاء قال صاحب العناية والعود اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر زاده والاتمام حيث توضا اختيار بعض مشايخنا فان قلت متى ما وجب ان تفسد صلاته لانه مشى في صلاة من غير حاجة فان اداء الباقي حيث توضا جائز والمشي في الصلاة من غير حاجة يوجب فساد الصلاة قلنا المشي وان وجد لكن لم يوجد من حيث الحكم لان حرمة الصلاة تجعل الاماكن المختلفة كمكان واحد لان ابراهيم رضي الله عنه على دابة اذا قرأ آية السجدة مرارا والدابة تسير يكفيه سجدة الصلاة فتجعل كل الدابة لم تسير وكذلك ههنا كالمنفرد اي كما هو مخير بين العود وبين الاتمام حيث توضا ولو احدث عمدا استانف لان الحدث السابق في البلوى نوجه بغير فعله فجاز ان يجعل بخلاف العمد فلم يلحق به وكذا لو جن او اغمي عليه او احتلم او قهقه او اصابته نجاسة مانعة او شج وسال دمه او ظن انه احدث فخرج من المسجد او جاوز الصفوف خارجه اي خارج المسجد على تقدير ان يصلي في الصحراء ثم ظهر انه لم يحدث يعني يستانف في هذه الحوادث كلها لان هذه الحوادث ايضا حوادث نادرة فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه السلام من قاء او رعف الحديث والبناء على خلاف القياس ومن قاعدتهم ان ما كان على خلاف القياس بالنص لا يتجاوز ذلك ما لم يكن في معنى ما ورد به النص ولو لم يخرج من المسجد او لم يتجاوز الصفوف بنى ولو سبقه الحدث بعد التشهد بعد ما قعد قدر التشهد توضا وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي لياتي به وان تعمد في هذه الحال او عمل ما ينافيها تمت صلاته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان وانما بقي الخروج بصنعه وقد وجد

وتبطل صلاة

وتبطل صلاة عند الامام ان رأى في هذه الحالة اي في حالة الفراغ عن التشهد وهو متيمم ماء او تمت مدة الماسح او نزع خفيه بعمل قليل بان كان الخف واسع الساق لا يحتاج في نزعه الى عمل كثير وانما قال قليل لانه لو عمل في النزع عملا كثيرا تمت صلاته او تعلم الامي سورة قال صاحب العناية اي تعلم كان بعد النسيان لان التعلم لا بد له من التعليم وذلك فعل منافي للصلوة فيتم صلاته بالاتفاق وقيل سمعها بلا اختيار وحفظها بلا صنع او وجد العاري ثوبا او قدر المومي على الاركان او تذكر صاحب الترتيب فائتة وفي الوقت سعة او استخلف القارئ اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول وقت العصر عنده اذا صار ظل كل شيء مثليه وعندهما اذا صار مثله واجيب بان هذا على قول الحسن بن زياد ان بين الظهر والعصر وقتا مهملا فاذا صار ظل كل شيء مثله يتحقق الخروج عندهم ووقت الصلاة عندهما وعنده بطلت يقول الفقير نعم يتحقق الخروج لكن قيل او دخل وقت العصر فاذا كان بينهما وقت مهمل لم يدخل وقت العصر فاذا صار مثله يخرج وقت الجمعة فقط تامل في جوابه وقيل يمكن ان يقعد في الصلاة بعدما قعد قدر التشهد الى ان يصير الظل مثليه فيتحقق الخلاف وقال المولى الفاضل ولك ان تقول لا يبعد ان يكون من قبيل تغير ابي حنيفة في المزارعة او زال عن الجبيرة عن برء قال صدر الشريعة الخلاف في هذه المسائل الاثني عشرية بين ابي حنيفة وصاحبيه مبني على ان الخروج بصنعه فرض عنده لا عندهما انتهى وقال صاحب الهداية وقيل الاصل فيه ان الخروج من الصلاة بصنع المصلي فرض عنده فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد الفراغ وقال الفاضل المحشي يعقوب باشا هذا قول بعض المشايخ وعليه العامة وفي كلام صاحب الهداية اشارة الى ان هذا ليس بمختار بل المختار قول الكرخي وهو ان الخروج بصنع ليس بفرض بالاتفاق وهذا الخلاف مبني على اصل آخر وهو ان اول الصلاة وآخرها متساويان في وجوب التغير عند كينونة الاقامة فانها تغير الصلاة سواء وجدت في اولها فهذه العوارض كانت تبطلها في اولها فكذا في آخرها وقالا ليس آخر الصلاة كأولها فان المغير اذا وجد في اولها افسد جزءا منها فيفسد بناء باقيها عليه وهذا المعنى مفقود في آخرها فيتم صلاته والعارضة الاقامة فتغير وصف الصلاة من النفل الى الكمال يقول الفقير لعل مراده من قوله وفي كلام صاحب الهداية اشارة الخ ان صاحب الهداية اتى بصيغة التمريض اشارة الى انه ليس بمختار بل المختار غيره قال صاحب النهاية وهذه المسائل تسمى الاثني عشرية لانها بذلك العدد في الروايات المشهورة وقد يزيد منها اذا كان يصلي بثوب وفيه نجاسة اكثر من قدر الدرهم ثم وجد ماء يغسله به في هذه الحالة ومنها انه يقضي صلاة الفجر وقد فاتته فدخل وقت الزوال في هذه الحالة قال ابن الملك وهذه النسبة غلط من حيث العربية لانه لا يجوز النسبة الى الجمع الا اذا كان علما فح ينسب الى صيغته يقال حمصي في حمصة عشر وبعلي في بعلبك وكذا في الفصل ولو استخلف الامام مسبوقا صح لوجود المشاركة في التحريمة والاولى ان يقدم من لم يسبق لعدم احتياج الى الاستخلاف لعجزه عن التسليم وقد قال عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المؤمنين وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم فاذا اتم صلاة الامام بان ابتدأ من حيث انتهى اليه الامام مقام فيقدم مدركا ليسلم بهم لانه عاجز عن التسليم لبقاء ركعة عليه مثلا فيستعين بمن يقدر عليه قال صاحب الخلاصة الخليفة اذا لم يعلم كم صلى امامه صلى اربع ركعات ويقعد في كل ركعة ثم لو فعل منافيا بعد اي بعد الاتمام يعني بعد ان اتم المسبوق صلاة الامام لو وجد منه منافيا كالقهقهة والكلام والخروج من المسجد يضر اي المسبوق والاول معطوف على الضمير المتصل يعني تفسد صلاة المسبوق في صلوة الامام الاول لانه وجد في خلال صلاتهما ان لم يكن الامام الاول فرغ ولا يضر من فرغ

يعني ان وجد الامام الاول في المسجد ماء او توضا وادرك المستخلف قبل ان يركع بحيث لم يفته شيء واتم صلاته خلف خليفته فح لم تفسد صلاته بان فعل المسبوق المستخلف منافي الصلاة بعد ولا يضر المنافي للقوم اذ قد تمت صلاتهم

ولو قهقه الامام عند الاختتام يعني لو لم يسبق الامام حدث وقعد قدر التشهد ثم قهقه
او احدث عمدا قيد بقوله عند الاختتام لان القهقهة والحدث في العمد اذا وجدا قبله
فسد صلاة الجميع بالاتفاق فسدت صلاة من كان مسبوقا في الوجه الثاني
وانما قال لمن كان مسبوقا لان صلاة المدرك لا تفسد بالاتفاق وفي صلاة اللاحق روايتان
لا ان تكلم او خرج من المسجد لان القهقهة مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلاة الامام
فيفسد مثله من صلاة المقتدي الا ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج اليه
والبناء على الفاسد فاسد بخلاف الكلام لانه في معنى السلام فانه منه لا مناف ولهذا
لا يفوت به شرط الصلاة والطهارة بخلاف القهقهة والحدث العمد وكذا الخروج
من المسجد قاطع لا مفسد وينتقض وضوء الامام عند العلماء الثلاثة خلافا لزفر
فان عنده ان كل قهقهة توجب اعادة الصلاة توجب الوضوء والا فلا
ولنا انه وقع في حرمة الصلاة لانه لو بني في هذه الحالة وجب عليه سجوده فتكون مفسدة
ومن سبقه الحدث في ركوع او سجود اعادهما حتما اذ لا تتم لان اتمام الركن انما
بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ومن تذكر سجدة في ركوع
او سجود يعني من تذكر انه سجدة من الركعة الاولى في ركوع او سجود فسجدها ندب
ليقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزأه لان الانتقال مع الطهارة
وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة التي بين الركوع والسجود عنده فرض
ومن ام فردا فاحدث فان كان المأموم رجلا يتعين للاستخلاف وان لم يستخلف
لما فيه من صيانة الصلاة لان الامامة يحتاج اليها ليبقى صلاة جائزة وليس ثمه
احد يصلح للامامة وهو يصلح لها فتعين اماما كما لو قال لعبدين احدكما حر
ثم مات احدهما قبل البيان يتعين الآخر للحرية والا اي وان لم يكن المأموم رجلا
بل صبيا او امرأة فقيل تتعين فتفسد صلاتهما والاصح انه لا يتعين فتفسد
صلاته دون الامام اعلم انه اختلف المشايخ فيه فقيل تفسد صلاة الامام فقط
لاستخلافه من لا يصلح للامامة حكما فانه لما تعين للامامة كان الامام
مقتديا به ومن اقتدى بمن لا يصلح للامامة تفسد صلاته وقيل لا تفسد
لان الاستخلاف انما يكون حقيقة او حكما ولا شيء منهما بموجود
اما حقيقة فظ لان الفرض عدمه واما حكما فلانه يقتضي صلاحيته للامامة
والفرض عدمها ومنهم من يقول تفسد صلاتهما لانه لما تعين صار كانه
استخلف فيفسد صلاة الكل ومنهم من يقول تفسد صلاة المقتدي
خاصة وهو الصحيح لانه لما لم يصر مستخلفا لا حقيقة ولا حكما بقي
الامام منفردا ولا يفسد صلاته ويفسد صلاة المقتدي لخلو مكان امامه
ولو حصر بفتح الحاء وضمها خطأ قال صاحب المغرب الحصر المنع
من حد طلب والحصر بفتحتين العي من الفعل من باب الاول والحصر مبنيا للمفعول
فهو محصور ومن الثاني حصر مثل لبس فهو حصر ومنه امام حصر فلم يستطع
ان يقرأ وضم الحاء خطأ فيه وقال صاحب القاموس الحصر كالضرب
والنصر الحبس عن السفر وعن غيره كالاحصار وبالتحريك العي في النطق
وان يمتنع عن القراءة فلا يقدر عليه والفعل كفرح عن القراءة جاز له
الاستخلاف لان الاستخلاف لعلة العجز وهو هنا الزم والعجز عن القراءة
غير نادر خلافا لهما لان الاستخلاف ثبت بخلاف القياس في الحدث
نكته وفيه وهم وجوده والحصر نادر فاشبه الجنابة
وهذا اذا لم يقرأ قدر ما يجوز به الصلاة فان قرأ عليه ان يركع
ولا يجوز الاستخلاف اجماعا لعدم الاحتياج اليه

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

هذا الباب لبيان العوارض تعرض للصلاة باختيار المصلي فكانت مكتسبة واخرها عما تقدم
لكون العوارض ثمة سماوية والسماوية اعرف في العارضية يفسدها الكلام ولو
كان سهوا لقوله عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس انما هي التسبيح
والتهليل وقراءة القرآن ولفظ شيء نكرة وقعت في سياق النفي فيعم جميع الكلام ولو سهوا
وقال الشافعي لا يفسدها الخطأ والنسيان وملجأه الحديث المعروف قلنا محمول على رفع الاثم
وليس الكلام فيه بل في افساد الصلاة او في رفع الاطلاق بما روينا وعموم الشيء الوارد فيه
ثم ان المراد بالسهو ما يعم الخطأ والنسيان لعدم التفرقة في حكم الشرع وان قالوا السهو ما
يتنبه صاحبه بادنى تنبيه والخطأ ما لا يتنبه بالتنبيه او يتنبه بعد اتعاب والنسيان ان يخرج الكلام
من الخيال على ما عرف في موضعه وكذا الدعاء بما يشبه كلام الناس وهو ما يمكن طلبه منهم
مثل ان يقول اللهم البسني ثوبا كذا او اللهم زوجني فلانة وعند الشافعي لا يفسد
لا الدعاء بما يشبه الفاظ القرآن والانين والتأوه الانين صوت المتوجع وقيل هو ان يقول
آه والتأوه ان يقول اوه والتأفيف وهو ان يقول اف ولو كانت بحرفين خلافا
لابي يوسف والاصل عنده ان الكلمة ان اشتملت على حرفين زائدين او احدهما لا تفسد
نحو اوه اف تف وان كانا اصليين تفسد لان كلام العرب انما يتركب من ثلاثة احرف فكان
الحرف الواحد كانه ليس من كلامهم وكذا الحرفان ان كان احدهما زائدا لانه واحد باعتبار الاصل
وان كانا اصليين كان الاكثر موجودا فكان الكل موجودا اقامة للاكثر مقام الكل وحروف
الزوائد يجمعها اليوم تنساه ونعني بالزوائد ان الكلمة لو زيد فيها حرف لكان من هذه الحروف
لان هذه الحروف زوائد انما وقعت كذا في الكافي قال صاحب التسهيل والاصل عند ابي يوسف
انها لا تفسد بحرفين وتفسد باربعة حروف ولا تفسد بثلاثة حروف في الصحيح له ما
روي ان النبي عليه السلام قال في سجود صلوة الكسوف اف الم تعدني ان لا تعذبهم وانا فيهم
ولو كان قاطعا لما قاله ولنا قوله عليه السلام لرباح رض وقد نفخ في صلاته اما علمت ان
من نفخ في صلوته فقد تكلم والنفخ نحو كلام وما رواه محمول على الابتداء حين كان الكلام مباحا
كما قيل هكذا في نسخة ذي اليد والبكاء بصوت لوجع او مصيبة متعلق
بكل من الانين والتأوه والتأفيف والبكاء بصوت لان فيه اظهار الجزع والتأسف فكان
من كلام الناس لا لذكر الجنة او النار لانه يدل على زيادة الخشوع فيكون كل
من البكاء دالا على امر وهو اظهار الجزع في الاول وزيادة الخشوع في الثاني والدلالة تعمل عمل الصريح
اذا لم يكن هناك صريح يخالفها ولو صرح بذكر الجنة او النار فقال اللهم اني اسألك
الجنة او اعوذ بك من النار لم يضرها ولو صرح باظهار الوجع فقال اني مصاب فسدت صلاته
فكذلك بالدلالة اذ ليس ثمة صريح يخالفها وسئلت عائشة رضي الله عنها عن الانين
في الصلاة فقالت ان كانت لخشية الله لا يفسدها وان كان لامر يفسد والتنحنح
بلا عذر بان لم يكن مدفوعا اليه اي لم يكن مضطرا بل كان لتحسين الصوت فان ظهر به حروف
نحو اح بالفتح والضم يفسد عند ابي ح ومحمد وان كان مضطرا او البلغم في حلقه لا يفسد كالعطاس
فانه لا يفسد وان حصل به حروف لانه مدفوع اليه طبعا وقال ابو يوسف لا يفسد مطلقا
ذكره صاحب الخلاصة وفي مبسوط شيخ الاسلام ان كان التنحنح لتحسين الصوت فلا بأس
لانه يفعله لاصلاح القراءة فيكون من القراءة معنى وكذا ذكره الامام السرخسي كذا في شرح الكنز
واما الجشاء فان حصل به حروف ولم يكن مدفوعا اليه يقطع عندهما وان كان مدفوعا اليه لا يقطع
وتشميت عاطس بالسين والشين والثاني افصح وهو ان يقول للعاطس يرحمك الله وجه
افساده انه من كلام الناس ويقع به التخاطب بينهم ولو قال العاطس او السامع الحمد لله لا يفسد لانه لم يتعارف جوابا
ولو قال المصلي العاطس لنفسه يرحمك الله لا يفسد لانه بمنزلة قوله يرحمني الله وبه لا تفسد كذا في الخلاصة

وقصد جوابه بالحمدلة اي اذا اخبر المصلي بما يسره فقال الحمد لله قاصدا جوابه او الهيللة
يعني اذا قيل للمصلي هل مع الله اله فقال جوابا لا اله الا الله او السبحلة يعني اذا اخبر المصلي
بما يتعجب منه فقال سبحان الله او الاسترجاع يعني اذا قيل للمصلي مات فلان فقال انا لله
وانا اليه راجعون او الحوقلة يعني اذا قال لا حول ولا قوة الا بالله في الامر العجيب تفسد
صلاته في الجميع عند ابي حنيفة ومحمد لانه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت
خلافا لابي يوسف فانه يقول لا تفسد الصلاة في الجميع لانه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته
كما ان كلام الناس لا يكون ثناء بالعزيمة ثم انه ذكر فخر الاسلام ان
الاسترجاع قاطع للصلاة اجماعا لكن الصحيح انه على الخلاف كذا في شروح الهداية
ولو اراد بذلك اعلامه بانه في الصلاة لا تفسد الصلاة اتفاقا قال صاحب التسهيل
ولو هلل او سبح او حمد لاعلام انه في الصلاة صح لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم
نائبة في الصلاة فليسبح ولو فتح على غير امامه فسدت سواء كان ذلك الغير في الصلاة
او لا لانه تعليم فكان من كلام الناس قال صاحب النهاية رجل يصلي وخلفه رجل يتعلم القرآن
فاستفتح ففتح عليه المصلي غير مرة فانه ينظر ان اراد به هنا تعليمه تفسد وان لم يرد به
تعليمه ولكن اراد قراءة القرآن لا تفسد ونظيره هنا ما لو كان الرجل يصلي وامامه كتاب موضوع
وخلفه رجل يسمى يحيى فقال يا يحيى خذ الكتاب بقوة فانه ينظر ان اراد قراءة القرآن لا تفسد
وان اراد الخطاب له تفسد وكذلك لو قيل للمصلي باي موضع مررت فقال بئر معطلة
وقصر مشيد او كان راكبا في سفينة وابنه خارج السفينة فقال يا بني اركب معنا فهو على هذا التفصيل
لا ان فتح على امامه مطلقا اي لا تفسد صلاة الفاتح على امامه مطلقا اي سواء كان
قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة او لم يقرأ او تحول الى اية اخرى او لم يتحول في الاصح
قال صاحب الكافي قالوا هذا اذا ارتج عليه قبل ان يقرأ قدر ما يجوز به الصلاة
او بعدما قرأ ولم يتحول الى اية اخرى اما اذا قرأ او تحول ففتح عليه تفسد صلاة الفاتح
لانه تعليم بلا حاجة والصحيح انه لا تفسد بكل حال ولو اخذ الامام منه قيل تفسد صلاته
والصحيح انه لا تفسد ولا ينبغي للمقتدي ان يفتح من ساعته ولا للامام ان يلجئهم الى الفتح
لانه يلجئهم الى القراءة خلفه وانه مكروه بل يركع ان قرأ قدر ما يجوز به الصلاة والا ينتقل
الى اية اخرى والسلام عمدا قيد بالعمد لان السلام سهوا غير مفسد والقياس
ان يكون مفسدا عمدا او سهوا ولكنا استحسنا فيه لمعنى لا يوجد في الكلام
وهو ان السلام من جنس اذكار الصلاة فان المتشهد يسلم على النبي عليه السلام
وعلى عباد الله الصالحين وهو اسم من اسماء الله تعالى وانما اخذ حكم الكلام بكاف الخطاب
وانما يتحقق معنى الخطاب فيه عند القصد فاذا كان ناسيا شبهناه بالاذكار
واذا كان عامدا شبهناه بالكلام واما الكلام فهو ليس من جنس اذكار الصلاة
فكان منافيا فيفسد في كل حال قال صاحب الخلاصة وفي الفتاوى لو سلم ناسيا
او ساهيا فقال السلام ثم علم وسكت تفسد صلاته وقال بعضهم قبله وفي الفتاوى
ولو سلم على انسان او رد السلام يفسد صلاته ولو اراد ان يسلم على انسان ناسيا
او ساهيا فقال السلام فسكت تفسد صلاته انتهى يقول الفقير فيلزم منه ان يكون
في السلام السهو روايتان فتدبر ورده كتحية بالعمد لانه مفسد عمدا او سهوا
لانه ليس من الاذكار بل هو كلام وتخاطب وذكر صاحب الهداية في باب ما يكره للمصلي
لكن افصح عن كونه مفسدا حيث علل بقوله لانه كلام والكلام مفسد كيف ما كان
قال مولانا الفاضل يعقوب باشا سواء كان باللسان او باليد او بالراس كذا
في الشروح ونقل الزاهدي عن الخيرخي انه لا باس للمصلي ان يجيب المتكلم
براسه ولا يخفى انه على هذا ينبغي ان لا يكره رد السلام براسه ايضا
فينبغي ان يكون فيه روايتان انتهى كلام يعقوب باشا رحمة الله عليه

وقراءة من مصحف لانه يتلقن من مصحف فيشبه التلقن من غيره خلافا لهما لانها عبادة
انضافت الى عبادة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطوا اعينكم من العبادة حظها
قيل وما حظها من العبادة قال النظر الى المصحف والعبادة الواحدة غير مفسدة
فكيف انضمت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ونحن نهينا عن
التشبه بهم فيما لنا بد منه ثم انهم اختلفوا في مقدار ما يقرأ فمنهم من يقول اذا قرأ مقدار
اية تامة لان ما دونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة والظ ان القليل
والكثير هنا في الافساد وعندهما في عدم الافساد سواء كذا في العناية والاكل والشرب
لانهما ينافيان الصلاة ولا فرق بين العمد والنسيان لان حالة الصلاة مذكرة وهذا
اذا لم يكن بين اسنانه ماكول اما اذا كان فابتلعه لا يفسد وسجوده على نجس
خلافا لابي يوسف فيما اذا اعاده على طاهر يعني يقول ابو يوسف اذا سجد على نجس
يفسد السجدة لا الصلاة حتى لو اعادها على موضع طاهر صحت السجدة ايضا
لان سجوده على النجاسة يكون كالعدم ولهما ان الصلاة لا تتجزى فاذا فسد بعضها
فسد كلها فاذا فسدت لا يفيد اعادة على طاهر بخلاف وضع يديه وركبتيه
عليها فان صلاته تجوز لان وضعها عليه كترك الوضع اصلا وترك وضعها
لا يمنع جواز الصلاة بخلاف الوجه لانه اذا ترك وضعه لا يجوز الصلاة اصلا
والعمل الكثير واختلف في تفسيره قيل هو ما يحتاج الى اليدين
وقيل ما يشك الناظر انه عامل في الصلاة او لا وهو اختيار العامة وقيل ما
يستكثره المصلي قال السرخسي هذا اقرب الى مذهب ابي حنيفة فان دابه في مثله
التفويض الى راي المبتلى وشروعه في غيرها صورته صلى ركعة من الظهر ثم افتتح
العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه لا شروعه فيها ثانيا
يعني لو صلى ركعة من الظهر ثم افتتح الظهر ايضا لا يفسده ويجتزى بتلك الركعة لانه نوى
الشروع في غير ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله فالركعة الاولى التي صلاها اولا
تكون محسوبة فيتمها بثلاث ركعات ولو صلى اربعا على ان الاولى انتقضت ولم يقعد
في الثالثة فسدت صلاته ثم انهم قالوا في المسئلة الاولى ان لم يكن المصلي صاحب
ترتيب لا يكون به منتقلا منه اليه بل الى النفل لان العصر لا يصح قبل اداء الظهر في حق
صاحب الترتيب ولا ان نظر الى مكتوب وفهمه قرانا او غيره لا تفسد صلاته
بالاجماع في الصحيح وقال بعض المشايخ تفسد على قول محمد قياسا على مسئلة اليمين
وهي ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالنظر والفهم عند محمد والصحيح
انه لا يفسد اجماعا بخلاف مسئلة اليمين لان المقصود من الحلف عدم الفهم وقد وجد
واما افساد الصلاة فبالعمل الكثير وهو لم يحصل بالنظر والفهم او اكل
ما بين اسنانه دون الحمصة لانه تبع لريقه ولهذا لا يفسد به الصوم وتفسد
في قدرها لانه لا يمكن ان يقول تبع لريقه لكثرتها وان مر مار في موضع سجوده
ولا ياثم ان مر به ولانه اذا كان على الارض وحاذى الاعضاء الاعضاء
اذا كان على الدكان اثم المار ولا تفسد يعني شرط في كون المار اثما
مروره في موضع سجوده اذا كان المصلي على الارض وان حاذى اعضاؤه اعضاء المصلي
اذا كان على الدكان حتى لو كان الدكان بقدر قامة الرجل كان سترة فلا ياثم وشرطه
في كون المار في موضع السجود اثما ان لا يكون بينهما حائل حتى قيل اثام شخصين
معا باثم احدهما دون الاخر لان احدهما يكون حائلا للاخر ثم ان كون المار اثما
لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين
قال الراوي لا ادري قال اربعين عاما او شهرا او يوما وقيل صح من حديث ابي جهيم
ان المراد اربعون سنة وعدم فساد الصلاة لقوله عليه السلام لا يقطع الصلاة مرور شيء

وقال اصحاب الظواهر ان مرور المرأة بين يدي المصلي يفسد صلاته لقوله عليه السلام يقطع الصلاة المرأة والكلب والحمار قلنا انكرته عائشة رضي الله عنها حين بلغها فقالت يا اهل العراق والشقاق والنفاق قرنتمونا بالحمر والكلاب كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي وانا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد خنست رجلي واذا قام مددتهما واعترض عليه بان الكلام في المرور بين يدي المصلي لا الاعتراض واجيب بان الاعتراض بحواليه اذا لم يكن مفسدا فالمرور اولى

وينبغي ان تغرز امامه في الصحراء سترة لقوله عليه السلام اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة طولها ذراع لقوله صلى الله عليه وسلم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وهي التي يستند اليها الراكب ويحاذي رأسه وروي انه عليه السلام صلى الى العنزة وهي مقدار ذراع وغلظ اصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود

ويقرب منها لقوله عليه السلام من صلى الى السترة فليدن منها ويجعلها على احد حاجبيه لان الاثر ورد به روي انه عليه السلام ما صلى الى شجرة ولا الى عود ولا الى عمود الا جعله على حاجبه الايمن او الايسر لا يصمد اليه صمدا اي لا يقصده قصدا يعني لا يقابله مستويا مستقيما بل كان يميل عنه

ولا يكفي الوضع ولا الخط لان المقصود لا يحصل به وهو الدرء فانه لم يعتبر الا الغرز فاولى ان لا يعتبر الخط لانه قيل هذا اذا كانت الارض رخوة واما اذا كانت صلبة لا يمكن الغرز فانه يضع طولا ليكون على هيئة الغرز وان لم يكن معه خشبة قال بعض مشايخنا المتأخرين يخط خطا طويلا وهو قول الشافعي ولم يعتبره المتقدمون لان المقصود هو الحيلولة بينه وبين المار لا يحصل فيه فيكون وجوده كعدمه وهو المروي عن ابي حنيفة ومحمد كذا في العناية

ويدرأ المار لقوله صلى الله عليه وسلم فادرؤا ما استطعتم بالاشارة كما فعل النبي عليه السلام لولدي ام سلمة حيث كان يصلي في بيتها فقام ولدها عمر بين يديه فاشار اليه ان قف فوقف ثم قامت بنتها زينب لتمر بين يديه فاشار اليها ان قفي فابت ومرت فلما فرغ من صلوته قال ناقصات العقل ناقصات الدين صواحب يوسف صواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام او التسبيح لما روينا من قوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلاة فليسبح لا بهما لان باحدهما كفاية فيكره الجمع بينهما ان عدمت السترة او قصد المرور بينه اي بين المصلي وبينها اي بين السترة وجاز تركها عند امن المرور وسترة الامام مجزئة عن القوم لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى ببطحاء مكة الى العنزة ولم يكن للقوم سترة قال صدر الشريعة اعلم ان الصلاة ان كانت في المسجد الصغير فالمرور امام المصلي حيث كان يوجب الاثم لان المسجد له حكم مكان واحد فامام المصلي حيث كان في حكم موضع سجوده وان كانت في المسجد الكبير او في الصحراء فعند بعض المشايخ ان مر في موضع السجود يأثم والا فلا وعند البعض الموضع الذي يقع عليه النظر اذا كان المصلي ناظرا الى موضع سجوده له حكم موضع السجود فيأثم بالمرور في ذلك الموضع اذا عرفت هذا فان كان المصلي على الدكان ومر الاخر امامه تحت الدكان فلا شك انه لم يمر في موضع سجوده حقيقة فلا يأثم على الرواية الاولى واما على الثانية فالمار تحت الدكان ان مر في موضع النظر اذا نظر في موضع السجود فان حاذى بعض اعضائه المار بعض اعضاء المصلي يأثم والا فلا انتهى يقول الفقير [illegible] لم يفطن صدر الشريعة [illegible] لان كون المرور في موضع السجود شرط لكن انما هو اذا كان يصلي على الارض واذا كان يصلي على الدكان فالشرط محاذاة الاعضاء من غير اعتبار المرور في موضع السجود حقيقة وحكما [illegible] حيث [illegible] الاخر حيث قال وان مر في موضع سجوده اذا كان على الارض ثم قال [illegible] اذا كان على الدكان عطفا على [illegible] ولو صلى على ثوب بطانته نجسة صح ان لم يكن مضربا اي مخيطا جوانبه ووسطه لكونه في حكم ثوبين واما اذا كان مضربا مخيطا جوانبه ووسطه فلم يصح عند ابي يوسف [illegible] مطلقا وكذا لو صلى على الطرف الطاهر من بساط طرفه نجس [illegible] احدهما بحركة الاخر اولا وفي [illegible] لو صلى على خشب وفي جانبه الاخر نجاسة ان كان غلظ الخشبة بحيث يقبل القطع يجوز والا

فصل وكره

فصل

وكره عبثه بثوبه او بدنه لانه خارج الصلاة منهي فما ظنك فيها ولقوله عليه السلام ان الله كره لكم ثلثا وذكر منها العبث في الصلاة والعبث عمل ليس فيه غرض صحيح وقيل العبث فعل فيه غرض فاسد والسفه فعل لا غرض فيه ولما كان العبث بالثوب والبدن اكثر وقوعا قيده كذا في العناية وقلب الحصى لانه نوع عبث الا مرة لتمكينه السجود لقول خير البشر سأل ابو ذر عن تسوية الحصى يا اباذر مرة او ذر اي سو مرة او اتركه ولان فيه اصلاح صلاته بخلاف العبث حيث كره لانه غير مفيد وهذا مفيد لتمكنه من وضع الجبهة ولان الحاصل ان كل عمل هو مفيد للمصلي فلا بأس بان يأتي به واما ما ليس بمفيد فيكره للمصلي ان يشتغل به لقوله صلى الله عليه وسلم ان في الصلاة لشغلا اي بامر الصلاة روي انه عليه السلام كان اذا قام من السجود في الصيف نفض ثوبه يمنة ويسرة لكيلا يبقى [illegible] وروي ايضا انه عرق في صلاة ليلة وسال العرق عن جبينه فمسح بيده لانه اذا كان يؤذيه فكان مفيدا كذا في النهاية وفرقعة الاصابع لقوله صلى الله عليه وسلم لا تفرقع اصابعك وانت تصلي الفرقعة ان يغمز الاصابع او يمدها حتى تصوت يقال فرقعها فتفرقعت والتخصر هو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار وقال الاختصار في الصلاة راحة اهل النار معناه ان هذا فعل اليهود في صلاتهم وهم اهل النار قال صاحب النهاية وذكر في المبسوط في تعليله لانه فعل المصاب وحالة الصلاة حالة يناجي العبد فيها ربه فهي حال الافتخار لا حال اظهار المصيبة ولانه فعل اهل [illegible] وقد نهينا عن التشبه بهم انتهى والالتفات بان يلوي عنقه لا لحاجة لقوله صلى الله عليه وسلم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينه اي طرفها الذي يلي الصدغ يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه او يلوي لحاجة لا يكره لانه صلى الله عليه وسلم كان يلاحظ اصحابه بموق عينيه وقيد لا لحاجة ولحاجة مذكور في الدرر وابن الملك قال صاحب النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرحمة تواجه العبد ما دام في صلاته فاذا التفت اعرضت عنه ولان الالتفات يمنة او يسرة اعراض عن القبلة ببعض بدنه ولو اعرض عن القبلة بجميع بدنه فسدت صلاته واذا اعرض ببعض بدنه كره كالعمل اليسير فانه يكره في الصلاة والكثير منه مفسد فكذا ههنا وقال عليه السلام تلك خلسة يختلسها الشيطان من صلاتكم وهذا دليل على ان الالتفات مما لا يقطع الصلاة والا امر باعادتها [illegible] ما لم يستدبر القبلة انتهى ما في النهاية وقال صاحب التجريد ولو حول صدره عن القبلة فسدت صلاته والاقعاء وافتراش ذراعيه لقول ابي هريرة رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا فانه يشبه اقعاء الكلب ورد السلام بيده ذكر رد السلام في المفسدات وذكره ههنا ثانيا لكن قيده بيده ههنا فيكون مفسدا اذا كان باللسان لانه كلام ولا يكون مفسدا اذا كان باليد بل مكروها واذا كان بالرأس ففيه روايتان على ما قال يعقوب باشا في رواية يكره وفي رواية لا يكره والتربع بلا عذر لان فيه ترك سنة القعود للتشهد وما قيل في وجه كراهته ان التربع جلوس الجبابرة فضعيف لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتربع في جلوسه في بعض احواله وهو كان منزها عن اخلاق الجبابرة وكذلك عامة جلوس عمر رضي الله عنه في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان تربعا وكف ثوبه اي رفعه من بين يديه اذا اراد السجود ولانه نوع تجبر والمصلي في مقام التواضع وسدله لانه عليه السلام نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه وفي الخلاصة هو ان يضع الرداء او القباء على كتفيه ولم يدخل يديه في كميه

والتثاؤب لانه من التكاسل والامتلاء فان غلبه فليكظم ما استطاع وان زاد وضع يده او كمه
على فمه قال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب العطاس ويكره التثاؤب فاذا تثاوب احدكم
فليرده ما استطاع والتمطى لانه ايضا من الكسل وتغميض عينيه للنهي عنه يقول الفقير
ليت شعري لم نهي عنه وله في جمع الخاطر في الصلاة مدخل عظيم يدل عليه التجربة ونحن
ما معدون بجمع الخاطر فرحم الله امرأ بين سر وجه النهي عنه والصلاة معقوص الشعر
لانه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل ورأسه معقوص والعقص ان يجمع شعره على رأسه ويشد
بخيط او بخرقة او بصمغ ليلبد اي ليلتصق بعضه ببعض وقيل ان يلف ذوائبه حول
رأسه كما يفعله النساء في بعض الاوقات او حاسر الرأس اي كاشف الرأس لانه
للتكاسل وقلة رعايتها ومحافظة حدودها لا للتذلل حتى لو كان له لا يكره
او في ثياب البذلة وهي ما يلبس في البيت ولا يذهب به الى الكبراء لكن كراهة الصلاة معها
مخصوصة بما اذا كان له ثوب آخر فافهم والبذلة بكسر الباء الموحدة الهنة وهي الخدمة
ومسح جبهته من التراب فيها اي في الصلاة للنهي عنه ايضا ونظره الى السماء
لان فيه ترك سنة النظر في القيام والركوع والسجود والتشهد على ما بين فيما سبق
وعد الآي جمع آية وعد التسبيح باليد وكذا عد السورة لانه ليس من اعمال الصلاة
مع انه يشغل عن سنة الاخذ خلافا لهما فانهما قالا لا بأس به لان المصلي مضطر
الى ذلك لمراعاة سنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة في صلاة التسبيح
وقال عليه السلام لنسوة سألنه عن التسبيح اعددن بالانامل فانهن مسؤولات
مستنطقات يوم القيمة ثم قيل لا خلاف في التطوع انه لا يكره والخلاف في الفرض
وقيل كره في الفرض اجماعا والخلاف في النوافل قال الفقيه ابو جعفر وجدت
رواية عن اصحابنا انه يكره فيهما ولا يكره العد خارج الصلاة وقيل هو بدعة لقول
السلف تذنب ولا تحصي تسبح وتحصي وكذا لا يكره بقلبه في الصلاة اتفاقا
وقيام الامام في طاق المسجد الطاق هو المحراب يعني يكره قيام الامام في المحراب
لان تقديم الامام شرع ليتميز على القوم حتى يظهر حاله لا تخصيصه بالمكان وقيامه في
المحراب يوجب تخصيصا وهو تشبه باهل الكتاب وانفراده على الدكان او الارض
اي ويكره قيام الامام على الدكان وحده والقوم على الارض للنهي عنه والتشبه
وكذا عكسه في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام وذكر الطحاوي انه لا يكره
لزوال التشبه بصنيع اهل الكتاب فانهم لا يفعلون هكذا وارتفاع الدكان
مقدر عند بعضهم بقامة الرجل وقيل مقدر بما يقع به الامتياز وقيل بالذراع
وعليه الاعتماد وان كان مع الامام بعض القوم لا يكره في الصحيح لزوال المعنى
الموجب للكراهة وذكر شيخ الاسلام ان القوم اذا كانوا على الدكان انما
يكره اذا كان فيه عذر واما عند العذر فلا يكره كما في الجمعة والعيدين فان القوم
يقومون على الرفوف والامام على الارض ولا يكره احد لضيق المكان
وحكي عن شمس الائمة الحلواني الصلاة على الرفوف في الجامع من غير ضرورة
يكره وعند الضرورة بان امتلأ المسجد فلا بأس به والقيام خلف صف فيه
فرجة يعني فرجة يسع فيها رجل لقوله عليه السلام من نظر الى فرجة في صف
فليسدها وللنهي عنه هذا اذا كان هو في صف آخر وان كان منفردا يكره
وان لم يجد فرجة اي امام فح ينبغي ان يجذب احدا من الصف ثم يكبر كذا في الاصلاح
والايضاح قال الزاهدي دخل في فرجة الصف احد فجانب المصلي توسعة له فسدت
صلاته لانه امتثل بغير الله ولبس ثوب فيه تصاوير لانه يشبه حامل الصنم وان يكون
فوق رأسه او بين يديه اي حذائه صورة لحديث جبريل عليه السلام انا لا ندخل
بيتا فيه كلب او صورة اشد كراهة ان تكون امام المصلي ثم فوق رأسه ثم على يمينه ثم على يساره ثم خلفه
وقيل اذا كانت خلفه لا يكره الصلاة ولكنه يكره كونها في البيت لان تنزيه مكان الصلاة عما يمنع دخول الملائكة مستحب

الا ان تكون صغيرة لا تبدو للناظر لان الصغار جدا لا تعبد يعني ان الكراهة
باعتبار شبه العبادة فاذا كانت الصورة لا تبدو لصغرها جدا لا يكره وكان
على خاتم ابي هريرة رضي الله عنه ذبابتان وعلى خاتم دانيال عم صورة اسد ولبوة وبينهما صبي
واصل ذلك انه التي في غيضة وهو رضيع لانه حكي ان بخت نصر حين استولى قيل له
ان بعض ما يولد في زمانك يقتلك فكان يتتبع الصبيان ويقتلهم فلما ولد دانيال القته
امه في غيضة رجاء ان ينجو من القتل فقيض الله له اسدا يحفظه ولبوة ترضعه وهما
يلحسانه فاراد بهذا النقش ان يحفظ منة الله عليه وكان لابن عباس رضي الله عنهما
كانون محفوف بصور صغار او لغير ذي روح لانه لا يعبد ايضا او مقطوع الرأس
لانه لا يعبد ايضا لا قتل الحية والعقرب لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم
في الصلوة ولم يفرق في شمس الائمة السرخسي بينهما اذا امكنه القتل بضربة واحدة
وبينما اذا احتاج الى ضربات لان قوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الاسودين لم يفصل
ومنهم من قال ان امكنه القتل بضربة واحدة فعل وان ضرب ضربات استقبل الصلاة لانه
عمل كثير ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح كذا في الهداية وقيام الامام في
المسجد ساجدا في طاقه فانه لا يكره لانتفاء سبب الكراهة وهو التشبه والصلاة
الى ظهر قاعد يتحدث وقيل يكره والصحيح عدم الكراهة لما روي انه عليه السلام اذا اراد
ان يصلي في الصحراء امر عكرمة ان يجلس بين يديه ولان الصف الاول يصلون الى ظهر
الامام والصف الثاني الى ظهر الصف الاول فعلم انه لا بأس به انما المكروه الى وجه غيره
لما روي ان عمر رضي الله عنه رأى رجلا يصلي الى وجه غيره فعلاهما بالدرة وقال للمصلي
استقبلت الصورة في صلاتك وقال للقاعد استقبلت المصلي بوجهك فعلم ان
ذلك حرام وفي قوله الى رجل يتحدث اشارة الى انه لا بأس بان يصلي وان كان بقربه قوم يتحدثون
ومن الناس من كره ذلك لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون
وتأويله عندنا اذا رفعوا اصواتهم على وجه يخاف وقوع الغلط وفي النائمين اذا كان
يخاف ان يظهر صوت من النائمين فيضحك في صلوته ويخجل النائم اذا انتبه وان لم يكن
والدليل على انه لا يكره عند ذلك ما روي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يصلون
وبعضهم كانوا يقرؤن وبعضهم كانوا يتعلمون الفقه وبعضهم كانوا يذكرون المواعظ ولم ينههم
عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم والى مصحف اي لا يكره ان يصلي الى مصحف او سيف
صفة للمصحف والسيف ومنهم كره هذا اما السيف فانه آلة الحرب وفي الحديد بأس شديد
فلا يليق تقديمه في مقام الابتهال قيل هو قول ابن عمر رضي الله عنهما واما المصحف فلان فيه تشبها باهل
فانهم كانوا يفعلون ذلك بكتبهم قيل هو قول ابرهيم النخعي الا انا نقول انهما لا يعبدان وباعتبارها
يثبت الكراهة واهل الكتاب لا يفعلون ذلك عبادة لكن ليقرؤا منه في صلاتهم وذلك مكروه
ولانه لو كان موضوعا امام المصلي فليس به بأس وكذلك اذا كان معلقا والسيف وان
كان آلة الحرب لكن الموضع موضع الحرب ولهذا سمي محرابا فيليق هو فيه
وقد كانت العنزة تحمل امام رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت تركز
بين يديه فيصلي اليها وهي سلاح فتبين انه لا بأس بالسلاح بين يدي المصلي
وقيد بعلق لبيان محل الخلاف او الى شمع او سراج لان المجوس لا يعبدون
اللهب بل يعبدون الجمر وبعضهم كره ذلك والصحيح انه لا يكره لما ذكرنا
وعلى بساط ذي تصاوير لانه اهانة وتحقير للصورة وليس بتعظيم ان لم يسجد عليها
بان كانت في موضع جلوسه وقيامه وان سجد عليها يكره لان السجود عليه تشبه بعبدة الاوثان
قال صاحب الهداية واطلق الكراهة في الاصل اي لم يفصل في المبسوط في حق الكراهة
بين ان يسجد على الصورة وبين ان لا يسجد لان المصلي معظم البتة يعني البساط الذي يعد
للصلاة عليه معظم من بين سائر البسط فيكون هذا نوع تعظيم للصورة وقد امرنا باهانتها

وكره البول والتخلي اي التغوط والوطي فوق المسجد لانه بمنزلة احترامه لان لسطح المسجد حكم المسجد حتى لو قام عليه مقتديا بالامام صح ولو صعد اليه المعتكف لم يفسد اعتكافه ولا يحل للحائض والجنب الوقوف عليه وغلق بابه لانه مصلى المسلمين والغلق يشبه المنع من الصلاة فيه وهو حرام قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال يا معشر عبد مناف لا تمنعوا احدا يطوف بهذا البيت اي ساعة من ليل او نهار فاذا كان لا يمنع من الدخول في المسجد الحرام نفي سائر المساجد والاصح جوازه للخوف على متاع اي متاع المسجد قالوا لا بأس في زماننا باغلاق بابه ولا يفتح الا في اوقات الصلاة لان الغلبة لاهل الفساد ويخاف منهم على متاع المسجد والتدبير في ذلك الى اهل المساجد وقيل اذا تقارب الوقتان كالعصر والمغرب والعشاء لا يغلق وبعد العشاء الى طلوع الفجر ومن طلوع الشمس الى الزوال يغلق ويجوز نقشه بالجص وبماء الذهب من الناس من استحسن ذلك ومنهم من كرهها وقال شمس الائمة السرخسي لا يتجر به لله ويكفيه ان ينجو راسا براس والنبي عليه السلام عد ذلك من اشراط الساعة قال تزخرف المساجد وتطول المنارات وعن علي كرم الله وجهه قال حين مر بمسجد مزخرف لمن هذه البيعة وانما قال ذلك لكراهة هذا الصنيع في المساجد ولما بعث الوليد بن عبد الملك اربعين الف دينار ليزين بها مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بها على عمر بن عبد العزيز فقال المساكين احوج الى هذا المال منه وعندنا لا بأس بذلك لما روي ان داود عليه السلام بنى مسجد بيت المقدس ثم اتمه سليمان عليه السلام بعده فزينه حتى نصب الكبريت الاحمر على راس القبة وكان ذلك اعز ما يوجد في ذلك الوقت وكان يضيء من ميل وكانت الغزالات يغزلن في ضوءها في الليالي وفي الجامع الصغير للمحبوبي كانت الغزالات يغزلن في ضوءها في الليالي من مسافة اثني عشر ميلا والعباس رضي الله عنه اول من زين المسجد الحرام بعد الاسلام وعمر رضي الله عنه زاد في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزينه في خلافته ولان في التزيين ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المسجد لانتظار الصلاة وفي ذلك حسن وذكر الامام قاضيخان ان الله تعالى اثنى على عمارة المسجد يعني بقوله انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر والكعبة المعظمة مزخرفة بماء الذهب والفضة مستورة بالوان الديباج والحرير قال العلماء ان فعل ذلك من مال نفسه جاز والصرف الى المساكين افضل ولكنه لا ينبغي ان يتكلف بدقائق النقش في المحراب فان ذلك مكروه يشغل قلب المصلي واما المتولي فيضمن قيمة ما زينه اذا فعل ذلك من مال الوقف قال صاحب الهداية واما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن قال صاحب النهاية وكان الزهري يقول هذا في زمانهم اما في زماننا لو صرف ما يفضل من العمارة الى النقش يجوز لان الظلمة يأخذون ذلك وليس بمستحسن كتابة القرآن على المحاريب والجدران لما يخاف من سقوط الكتابة وان توطا والبول ونحوه فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلاة في البيت بان كان لا يحرم فلا يكره البول ونحوه فوق بيت فيه هذا لانه ليس بمسجد حتى يجوز بيعه فلم يكن له حرمة المساجد قال صاحب النهاية وذكر شمس الائمة السرخسي ولم يذكر محمد كراهة البول في الجماعة الذي اتخذ للصلاة على الجنازة وقد قال بعض اصحابنا ان ذلك يكره فيها كما في المساجد على الشوارع وعند الحياض والاصح ان ليس لهذا الموضع حرمة المسجد فانه لا بأس بادخال الميت فيه مع انا امرنا بتجنيب المساجد عن الموتى وما كان هذا الا نظير الموضع المعد لصلاة العيد وذلك لا يأخذ حكم المسجد فهنا مثله والمساجد المبنية على الشوارع لها حكم المسجد الا ان الاعتكاف فيها لا يجوز لانه ليس له امام ومؤذن معلوم انتهى

باب الوتر والنوافل

لما فرغ من بيان الصلاة المفروضة وما يتعلق بها من بيان اوقاتها وكيفية ادائها والاداء الكامل والقاصر شرع في بيان صلاة هي دون الفرائض وهي الوتر وادخل النوافل فيه لان الوتر عندهما الوتر واجب عند ابي حنيفة وقالا سنة قيل ليس للوتر رواية منصوص عليها في لفظ انها فرض ام واجب او سنة وروى حماد عن ابي حنيفة انها فريضة وبه اخذ زفر وروى يوسف بن خالد السمتي انها واجبة وهو الظاهر من مذهبه وروى نوح بن مريم عنه انها سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد والشافعي قال ابو بكر الاعمش لم يتفق ابي اختلاف فيها ادون درجة من الفريضة حتى لا يكفر جاحده وليس لها اذان ولا اقامة ويجب القراءة في الركعة الثالثة واعلى درجة من السنة حتى يجب القضاء بتركها ناسيا او عامدا وان طالت المدة ولا تؤدى على الراحلة من غير عذر ولا يجوز بدون نية الوتر بخلاف التطوع وسائر السنن ولو كانت سنة لكفتها نية الصلاة كما في سائر السنن وحجتهما حديث الاعرابي ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه خمس صلوات في اليوم والليلة فقال هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع وروي ان رجلا من الانصار يقال له ابو محمد قال الوتر فريضة فبلغ عبادة بن الصامت رضي الله عنه فقال كذب ابو محمد سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فرض الله تعالى على عباده خمس صلوات وهو ثلاث ركعات وقال الشافعي هو بالخيار ان شاء اوتر بركعة او ثلاث او خمس او سبع او تسع او احدى عشرة ركعة ولا يزيد على هذا وقال الزهري في شهر رمضان ثلاث ركعات وفي غيره ركعة وفي المبسوط قال الشافعي الوتر بسلام واحد لما روي انه عليه السلام كان يوتر بثلاث لا يسلم الا في آخرهن رواه ابي وجماعة من الصحابة وهو احد قوليه وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك يقرأ في كل ركعة منه الفاتحة وسورة روي انه صلى الله عليه وسلم اوتر بثلاث ركعات قرأ في الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا ايها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله احد ويقنت في الثالثة دائما قبل الركوع وعند الشافعي وقوله دائما اي في كل السنة وقال الشافعي لا يقنت في الوتر الا في النصف الاخير من رمضان ثم انه ان كان مقتديا فقال محمد لا يقنت لان الصحابة اختلفوا في انه من القرآن او لا والمقتدي كان لا يقرأ حقيقة فلا يقرأ ايضا ما له شبهة وان كان اماما يجهر وان كان منفردا فهو بالخيار وقال ابو يوسف يقرأ المقتدي القنوت ويخافت الامام والمنفرد لانه دعاء حقيقة وهو المختار كذا في الكافي بعد ما كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ودعاء القنوت مشهور ومن لم يحسن القنوت يستحب له ان يقول اللهم اغفر لي ثلاثا وهو اختيار الفقيه ابي الليث او يقول ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار وهو اختيار سائر المشايخ كذا في الدرر نقلا عن معراج الدراية ولا يقنت في صلاة غيرها وقال الشافعي يقنت في صلاة الفرائض في الركعة الثانية لحديث انس رضي الله عنه انه عليه السلام كان يقنت في كل صلاة الفجر الى ان فارق الدنيا ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلاة الفجر شهرا يدعو على حي من احياء العرب والترك دليل النسخ والترجيح بفقه الراوي او بالمروي فانه حافظ فيترجح على النسخ ويتبع المؤتم قانت الوتر ولو بعد الركوع اي يتبع في قراءة القنوت حنفي شافعيا يقنت بعد الركوع لان الخلاف في الفجر مع كونه منسوخا دليل على انه يتلعثم في قنوت الوتر لكونه ثابتا بيقين فصار كالثناء والتشهد والدعاء بعده وتسبيحات الركوع والسجود ولا يتبع قانت الفجر يقنت في الفجر عند ابي حنيفة ومحمد لانه منسوخ لما روينا ولا متابعة في المنسوخ فصار كما لو كبر خمسا خلافا لابي يوسف فانه يقول يتبع لانه تبع للامام والقنوت مجتهد فيه فصار كتكبيرات العيدين والقنوت في الوتر بعد الركوع ودلت المسئلة على جواز اقتداء الحنفي بالشافعي بل يقنت متصل بقوله ولا يتبع ساكتا في الاظهر وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر لوجوب المتابعة في غير القنوت

والسنة قبل الفجر لما بين احكام الوتر شرع في النوافل و بعد الظهر و بعد المغرب و العشاء
ركعتان و قبل الظهر و الجمعة و بعدها اربع انفقوا على ان اقوى السنن سنة الفجر
ثم اختلفوا في الاقوى بعدها قال الحلواني سنة المغرب لان النبي عليه السلام لم يدعها
في سفر و لا حضر ثم التي بعد الظهر لكونها متفقا عليها و التي قبلها مختلف فيها
ثم التي بعد العشاء ثم التي قبل الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل العشاء و قيل التي قبل
الظهر اكمل عنها بعد سنة الفجر قيل هو الصحيح لان فيها وعيدا قال عليه السلام من ترك
اربعا قبل الظهر لم ينله شفاعتي و الاصل في هذه النوافل قوله صلى الله عليه وسلم
من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم و الليلة بنى الله له بيتا في الجنة و عند ابي يوسف
بعد الجمعة ست قال صاحب الاختيار و قيل بعدها يصلي ستا بتسليمتين وهو قول ابي يوسف
ثم انهم قالوا كل صلاة بعدها سنة يكره القعود بعدها بل يشتغل بالسنة لئلا يفصل
بين السنة و المكتوبة و عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يقعد مقدار ما يقول اللهم انت السلام و منك السلام و اليك يعود السلام
تباركت يا ذا الجلال و الاكرام ثم يقوم الى السنة و لا يتطوع مكان الفرض
و كذا يستحب للامام كسر الصفوف بعد اداء الفرض لئلا يظن الداخل انهم في الفرض
و ذكر شمس الائمة الحلواني و لا باس بان يقرأ بين الفريضة و السنة
الاوراد و لو تكلم بين السنة و الفريضة هل تسقط السنة قيل تسقط
و قيل لا و لكن ثوابها انقص من ثوابها بدون التكلم كذا في العناية
و ندب الاربع قبل العصر او ركعتان بالتخيير لاختلاف الاثار و الاربع افضل
و الست بعد المغرب لما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من صلى بعد المغرب ست ركعات لم يتكلم بينهن بسوء عدلن له بعبادة
ثنتي عشرة سنة و قال من صلى ست ركعات بعد المغرب كتب من الاوابين
و لهذا سميت بصلاة الاوابين و في القيام بعد المغرب فضل كثير و قيل هي
ناشئة الليل و روت عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم قال من صلى بعد المغرب عشرين
ركعة بنى الله له بيتا في الجنة كذا في الاختيار و الاربع قبل العشاء و بعدها ثنتان
منها مؤكدة و ثنتان نافلة حتى لو تركهما لا يستوجب اساءة و اما لو ترك الركعتين بعدها
بان لم يصل اصلا يستوجب اساءة و كره الزيادة على اربع بتسليمة في نفل النهار
لا في نفل الليل الى ثمان لان السنة وردت في صلاة الليل الى ثمان و في صلاة النهار الى اربع
و لم ترد بالزيادة فنكره لان ما لا دليل عليه لا يثبت خلافا لهما فانهما قالا و الثمان في الليل
فجائزة كالاربع في النهار غير جائزة قال صاحب الهداية و في الجامع الصغير لم يذكر الثمان
في صلاة الليل يعني قال محمد يجوز في الليل ركعتان بتسليمة و ان شاء اربع بتسليمة ان شاء
و ست بتسليمة ان شاء و لم يذكر الثمان و قال صاحب مجمع البحرين و الثمان بتسليمة
فقط في الليل جائزة عند ابي حنيفة و لا غير جائزة ثم قال الفاضل ابن الملك في شرحه
اعلم ان المص اتبع صاحب الهداية في جعل الثمان في الليل جائزة عنده خلافا لهما ثم
لكن ذكر في النهاية لا فائدة في تخصيص ابي حنيفة لان النافلة في الليل بتسليمة الى الثمان
جائزة بغير كراهة اتفاقا و فيما وراءها مكروه اتفاقا في عامة روايات الكتب انتهى
يقول الفقير المص حمل صاحب المجمع مخالفا لما وقع في عامة روايات الكتب
لان خلافهما انما هو في كون المثنى افضل في الليل لا في جواز الزيادة الى الثمان فيه فتتبع
و الحق انه لو حمل قوله خلافا لهما في هذا المقام لكان اولى لانه ان حمل على ما سلك اليه صاحب
يكون مخالفا لعامة روايات الكتب على ما ذكرنا و ان حمل على ما اقتضاه السوق
يكون قولا بالمنقول احسن تدبر و لا تزاد على الثمان في الليل لان السنة لم ترد
في الزيادة و الافضل فيهما اربع في الليل و النهار رباع عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
و قالا الافضل في النهار رباع و في الليل المثنى افضل و عند الشافعي

و عند الشافعي الافضل في الليل و النهار مثنى مثنى لقوله عليه السلام صلوة الليل
و النهار مثنى مثنى و لهما الاعتبار بالتراويح يعني ان الافضل في التراويح مثنى مثنى
بالاجماع و هي نفل الليل فينبغي ان يكون سائر نوافل الليل كذلك و لان في المثنى زيادة
تحريمة و تسليمة و دعاء و له ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن قيام
رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليالي رمضان فقالت كان قيامه في رمضان و غيره سواء
كان يصلي بعد العشاء اربع ركعات لا تسأل عن حسنهن و طولهن ثم اربعا لا تسأل عن حسنهن
و طولهن ثم كان يوتر بثلاث و كان يواظب على الاربع في الضحى و على الاربع قبل الظهر
و ما كان يواظب الا على الافضل و التراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة اليسير بالقطع
و التسليم على رأس ركعتين لان ما كان ادوم تحريمة كان اشق و معنى ما رواه الشافعي
انه يصلي شفعا لا وترا لان الوتر في النفل منهي عنه و ليس معناه انه يسلم على رأس كل ركعتين
و طول القيام افضل من كثرة الركعات لقوله عليه السلام افضل الصلاة طول
القنوت اي القيام و لان القراءة تكثر بطول القيام و بكثرة الركوع و السجود يكثر التسبيح
و القراءة افضل منه و القراءة فرض في ركعتي الفرض حتى لو لم يقرأ في الكل او قرأ في
ركعة فقط فسدت صلاته و واجبة في الاوليين حتى لو تركها فيهما و قرأ في الاخريين
جازت صلاته و يجب عليه سجود السهو ان سهى و يأثم ان عمد و في كل النفل و الوتر
اما النفل فلان كل شفع منه صلاة على حدة و القيام منه الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة
و لهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا و اما الوتر فللاحتياط
لان فرضية الوتر ثبتت بدليل فيه شبهة فكان كالسنة ظاهرا حيث لا يؤذن له
و لا يكفر جاحده فاحتيط في ايجاب القراءة في الجميع و يلزم نفل شرع فيه قصدا يعني من شرع
في نافلة قصدا ثم افسدها قضاها و قال الشافعي لا قضاء عليه لانه متبرع فيه و لا لزوم على
و لنا ان المؤدى قربة فيلزم الاتمام ضرورة صيانة عن البطلان لان ابطال العمل حرام و قيد بقوله
قصدا احترازا من الشروع ظنا كما سيأتي ان شاء الله تعالى و لو عند الطلوع و الغروب و بعد
فيجب القضاء بافساد ما شرع في هذه الاوقات خلافا لزفر فانه قاسه على صوم يوم العيد
و لنا ان الشارع في الصوم مباشر للمعصية اذ الجزء الذي شرع فيه صوم فكان منهيا عنه و كان
مأمورا بقطعه فاستحال ان يؤمر بقضائه و الشارع في الصلاة غير مباشر معصية لان ما شرع فيه
ليس للصلاة لانها لا تتم الا بركعة فلا يكون منهيا عنه فيؤمر بالقضاء لا ان شرع ظنا انه عليه
كما اذا ظن انه لم يصل الظهر فشرع فيه فتذكر انه قد صلاه صار ما شرع فيه نفلا و لا يجب اتمامه
حتى لو نقض لا يجب القضاء و لو نوى اربعا و افسد بعد القعود الاول او قبله قضى
يعني اذا شرع في اربع ركعات من النفل و افسد الشفع الاول قبل القعود يقضيه فقط لانه افسد
و لم يشرع في الثاني و كل شفع من النفل صلاة على حدة و ان لم يفسد و قعد على الركعتين
فحين قام الى الثالثة افسد يقضي الشفع الثاني فقط لان الاول قد تم بالقعود لكنه افسد الثاني
و قال ابو يوسف قضى اربعا لو افسد قبله اي قبل القعود لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب
فيلزم قضاء الاربع جميعا كما اذا نذر لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب و هو النذر
و لهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه و ما لا صحة له الا به و صحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف
و بخلاف النذر لانه ملزم لذاته و الشروع ملزم لصيانة المؤدى عن البطلان فيكون ملزما للشروع
و ما يتعلق صحته به فافترقا و كذا الخلاف لو جرد الاربع من القراءة يعني و كذا الخلاف ابي حنيفة
لو جرد الاربع خاليا عن القراءة حيث يقضي ركعتان عندهما و اربع عنده لهما ان التحريمة
قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول فلم يصح الشروع في الشفع الثاني فيلزم قضاء الشفع الاول
و عند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة فيصح الشروع في الشفع
ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع او قرأ في احدى الاخريين فحسب فيقضي
ركعتين عند ابي حنيفة و محمد لبطلان التحريمة فلم يصح الشروع في الثاني و يقضي اربعا عند ابي يوسف
لان التحريمة لا تبطل بالترك اصلا عنده فيصح الشروع في الشفع الثاني ثم يفسد الكل بتركها القراءة

ولو قرأ في الاوليين او الاخريين فقط او تركها في احدى الاوليين او احدى الاخريين قضى ركعتين اتفاقا اما لو قرأ في الاوليين لا غير يقضي الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل عندهم اصلا فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد بترك القراءة فيه فوجب قضاؤه دون الشفع الاول واما لو قرأ في الاخريين لا غير يقضي الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني لان ترك القراءة في الاوليين يبطل التحريمة فيلزم ان يقضي الاوليين فقط وعند ابي يوسف يصح الشروع في الشفع الثاني لكن اداه فعليه قضاء الاوليين بترك القراءة فيهما واما لو تركها في احدى الاوليين فقط فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو تركها في احدى الاخريين فقط فعليه قضاء الاخريين بالاجماع

ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير او احدى الاوليين واحدى الاخريين قضى اربعا عند ابي يوسف لبقاء التحريمة عنده اما عند ابي حنيفة فلان ترك القراءة في ركعة من الشفع الاول لا يبطل التحريمة وعند ابي يوسف لا يبطل التحريمة اصلا بالترك وقد فسد الشفعين بترك القراءة في هاتين الصورتين فيقضي اربعا وقال محمد يقضي ركعتين لان التحريمة قد ارتفعت بترك القراءة في ركعة من الشفع الاول فيقضي الاوليين فقط فيهما والحاصل ان الاصل في هذه المسائل ان ترك القراءة في ركعتي الشفع الاول يبطل التحريمة حتى لا يصح بناء الشفع الثاني على الشفع الاول وفي ركعة واحدة لا بل يفسد الاداء فيصح بناء الشفع الثاني عليه وعند محمد الترك في ركعة واحدة يبطل التحريمة ايضا حتى لا يصح بناء الثاني على الاول وعند ابي يوسف لا يبطل صلا بل يوجب فساد الاداء فقط فيصح بناء الشفع الثاني عليه سواء ترك القراءة في ركعة من الشفع الاول او في ركعتيه اذا عرفت هذا الاصل فعليك بتطبيق المسائل المذكورة عليه

ولو ترك القعدة الاولى فيه اي في صلاة النفل لا تبطل يعني اذا صلى اربع ركعات النفل ولم يقعد بين الشفعين كما ينبغي ان يفسد الشفع الاول ويجب قضاؤه لان كل شفع من النفل صلاة ومع ذلك لا يفسد قياسا على الفرض لان القعدة انما فرضت لاجل الخروج وهنا اذا وجب عليه التحلل والخروج واشتغل بما ترك القعدة وقام الى الثالثة صار الكل صلاة واحدة كصلاة الظهر فلم يصر القعدة الاولى فرضا خلافا لمحمد لان كل شفع من النفل صلاة كصلاة الظهر للمسافر ولهذا وجب القراءة في كل شفع وفساد الشفع الثاني لا يسري الى الاول اذا وجد القعدة الاولى فتكون القعدة في كل منهما فرضا فتفسد بتركها قال صاحب التسهيل فلو صلى الف ركعة ولم يقعد الا في الآخر صح عندهما ولم يصح عند محمد ولو كان اربع ركعات

ولو نذر صلاة في مكان فاداها في ادنى شرفا منه جاز يعني اذا نذر ان يصلي في مكان شريف كالمسجد الحرام مثلا وصلى في مكان اقل منه شرفا جاز عندنا وقال زفر لا يجوز وكذا الصوم لزفر قوله تعالى اوفوا بالعقود ولنا ان ايجابه يعتبر بايجابه فلا تخصيص المكان في ايجاب تعالى للصلاة كذا في التسهيل ولو نذرت صلاة او صوما في حيض ما حاضت لزمها القضاء قيد بالغد لانها لو قالت على ان اصلي كذا يوم حيضي لم يلزمها شيء اتفاقا وقال زفر لا يلزمها قضاء لانها اضافت العبادة الى يوم لم يصلح الفعل المنذور فلا يجوز كما لو قالت يوم حيضي ولنا ان الغد في ذاته قابل للاداء فيه فيصح نذرها ثم سقط فيجب القضاء بخلاف قولها حيضي لان الحيض ما ينافي المنذور لم يصح نذرها فلم يجب ولا يصلى بعد صلاة مثلها هذا اللفظ روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قيل معناه لا يصلي النفل مثل الفرض بل يقرأ في جميع ركعات النفل ويقرأ في الركعتين الاوليين من الفرض الفاتحة وسورة وفي الاخريين الفاتحة قال صاحب النهاية والعناية وانما حملناه على هذا لانه حديث ثبت خصوصه بالاجماع فان الرجل يصلي ركعتي الفجر ثم الفرض ويصلي ركعتي الظهر في السفر بعد ركعتي السنة واربعا قبل الظهر ثم الظهر في الاقامة فلزم حمله على وجه صحيح وقال بعض مشايخنا ان المراد به ان لا يقضي الفرض ما اداه من الفرائض بوسوسة الشيطان فان النبي صلى الله عليه وسلم لما صلى الفجر ضحى النهار بعد ليلة التعريس في الغد قال له اصحابه الا نعيده صلوة الامس فقال ان الله تعالى ينهيكم عن الربا فيقبله عنكم

وضع النفل قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من القائم سماه عليه السلام صلاة فلا يخلو اما ان يكون المراد ما كان بعذر او بغيره لا سبيل الى الاول لان ذلك صلاة القائم سيما في الثواب فتعين ان يكون بغير عذر ولا يخلو ايضا اما ان المراد بها الفرض او التطوع لا سبيل الى الاول لان الاجماع منعقد على ان صلاة الفرض بدون العجز لا تجوز قاعدا فتعين الثاني ولان الصلاة خير موضوع اي مشروع وربما يشق عليه المحافظة على القيام فلا ينقطع المصلي عن الخير واختلفوا في كيفية القعود قال صاحب النهاية ذكر في التحفة من يصلي قاعدا بعذر او بغير عذر ففي التشهد يقعد كما في سائر الصلوات اجماعا واما في القعود بدل القيام روي محمد عن ابي حنيفة انه يقعد كيف شاء لانه لما جاز له ترك اصل القيام فترك صفة القعود اولى ان يجوز وعن ابي يوسف انه يحتبي لان عامة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في اخر عمره كان محتبيا وعن محمد انه يتربع لانه اعدل وعن زفر انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد وهو الذي اختاره الفقيه ابو الليث وشمس الائمة السرخسي انتهى ولو قعد بعد ما افتتحه قائما جاز وكره ولو بلا عذر لان ابتداء النفل قاعدا جائز فبقاؤه اولى لانه اسهل من الابتداء وقالا لا يجوز الا بعذر لان الشروع قائما ملزم للقيام كما لو نذر ان يصلي قائما قلنا النذر بالصلاة قائما ملزم لذاته لانه التزم القيام نصا والشروع ليس بملزم لذاته بل لصيانة المؤدى عن البطلان لا يحتاج الى القيام لكن لا اثم قائل بالكراهة فيهما ولذا قال الصحيح ويكره ويتنفل راكبا خارج المصر الى اي جهة توجهت دابته لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومئ ايماء ثم قيل هل يشترط التوجه الى القبلة عند ابتداء الصلاة قال صاحب النهاية قال في المحيط ومن الناس من يقول انما يجوز التطوع على الدابة اذا توجه الى القبلة عند افتتاح الصلاة ثم تركها وانحرف عنها واما اذا افتتح الصلاة الى غير القبلة لا يجوز لانه لا ضرورة في حالة الابتداء انما الضرورة في حالة البقاء الا ان اصحابنا لم يأخذوا به لانه لا تفصيل في النص وصرح في الايضاح ان القائل به الشافعي وفي المبسوط ولو جوز على التطوع على الدابة من النفع الا حفظ الاشتغال وحفظ النفس عن الوساوس والخواطر الفاسدة لكان ذلك كافيا ولا يصلي المسافر المكتوبة على الدابة من غير عذر لان المكتوبة في اوقات مخصوصة فلا يشق عليه النزول للاداء بخلاف التطوع ومن الاعذار الخوف من اللص والسبع وطين المكان وكون الدابة جموحا وكون المسافر شيخا كبيرا لا من يركبه فعند هذه الاحوال يجوز المكتوبة على الدابة ومن ابي حنيفة انه ينزل للسنة الفجر وذكر ابن شجاع ان ذلك يجوز ان يكون لبيان الاولى يعني ان الاولى ان ينزل لركعتي الفجر والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والصحيح ان المسافر وغيرهما في ذلك سواء بعد ان يكون خارج المصر وان روي عن ابي حنيفة وابي يوسف ان جواز التطوع على الدابة مخصوص بالمسافر خاصة الا ان الكلام بعد هذا في مقدار ما يكون به ذلك الخارج ذكر في الاصل اذا خرج من المصر فرسخين فله ان يصلي على الدابة وقال بعضهم يعتبر الميل ان كان اميال والتقييد بخارج المصر ينفي ايضا الجواز في المصر وذكر في النهاية وثبت ان عند ابي حنيفة لا يجوز التطوع وعند محمد يجوز ويكره وعند ابي يوسف لا بأس به وحكى ان ابا يوسف لما سمع هذا من ابي حنيفة قال حدثني ان النبي عليه السلام ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة رضي الله عنه وكان يصلي وهو راكب فلم يرفع ابو حنيفة رأسه قيل انه لم يرفع رأسه رجوعا منه الى الحديث وقيل بل هذا حديث شاذ والشاذ في ما يكون حجة عنده فلهذا وابو يوسف اخذ بالحديث ومحمد كذلك الا انه كره ذلك في المصر لان اللغط يكثر فيه فلكثرة اللغط ربما يبتلى بالغلط في القراءة وفي المبسوط وان كان على سرجه قذر يجوز صلاته وكان محمد بن مقاتل وابو حفص لا يجوز اذا كانت النجاسة في موضع الجلوس او في موضع الركابين اكثر من قدر الدرهم اعتبارا بالصلاة انتهى في النهاية وبنى بنزوله يعني اذا صلى ركعة مثلا على الدابة بالايماء ثم نزل بنى لان ابتداء الراكب كان بالركوع والسجود فالقوي ولهذا جاز ابتداؤه بالايماء مع امكان النزول خلافا لابي يوسف لان المؤدى بركوع وسجود اقوى ولا يجوز بناء الاقوى على الاضعف كما لم يجز بناء المريض المومي اذا زال العذر ومن ركوعه لا يبني يعني ان صلى ركعة مثلا نازلا ثم ركب استقبل لان احرامه انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يمكنه

وضع النفل

فصل

التراويح ذكر التراويح في فصل على حدة لاختصاصها بما ليس لمطلق النوافل من الجماعة وتقدير
الركعات وسنة الختم والتراويح جمع ترويحة واصلها المصدر وعن ابي سعيد انه
سميت بالترويحة لاستراحة القوم بعد كل اربع ركعات يقال روحت الناس اي صليت بهم
التراويح كذا في المغرب سنة مؤكدة للرجال والنساء وهو الصحيح من المذهب
وقال بعض الروافض للرجال فقط وقال بعضهم سنة عمر رضي الله عنه وعندنا سنة رسول الله
صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام ان الله تعالى فرض عليكم صيامه وسن لكم قيامه
وقد صح انه عليه السلام اقامها في بعض الليالي على ما روي انه خرج ليلة من ليالي رمضان
وصلى عشرين ركعة فلما كانت الليلة الثانية اجتمع الناس وصلى بهم ايضا عشرين ركعة
فلما كانت الليلة الثالثة كثر الناس فلم يخرج وقال عرفت اجتماعكم لكن خشيت
ان يكتب عليكم وكان الناس يصلونها فرادى الى زمن عمر رضي الله عنه ثم اقامها في زمانه حيث
امر ابي بن كعب وهو شيخ القرآن ان يصلي بالناس والصحابة متوافرون منهم
عثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس وطلحة والزبير ومعاذ وغيرهم من المهاجرين والانصار
وما رد عليه احد منهم بل ساعدوه ووافقوه وامروا بذلك وقد اثنى علي كرم الله وجهه
على عمر رضي الله عنه حيث قال نور الله مضجع عمر كما نور مساجدنا ولم يواظبها النبي
عليه السلام خشية ان يكتب علينا وقال ابو حنيفة التراويح سنة مؤكدة لم يواظبها عمر رضي الله عنه
من تلقاء نفسه لا عن اصل لديه وهو قوله عليه الصلوة والسلام ان لم يفرضهم سنة مهدية فاتبعوه
ولا تخالفوه اراد به التراويح كذا في الزاهدي وقال ايضا عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين
من بعدي ولا يلزم من عدم مواظبته عليه السلام عليها عدم كونها سنة مؤكدة لانه بين العذر
في ترك المواظبة وهو خشية ان يكتب علينا مع توصيته بالاتباع وعدم المخالفة حين احياها
فكانت سنة اي سنة في كل ليلة رمضان بعد العشاء حتى لو صلاها قبل العشاء لا
وقال جماعة من مشايخ بلخ الليل كله وقت لها قبل العشاء وبعده لانها سميت قيام الليل وكان
وقت قيام الليل قبل الوتر وبعده وقال عامة مشايخ بخارا وقتها ما بين العشاء والوتر فان صلاها
قبل العشاء او بعد الوتر لم يؤدها في وقتها لان التراويح عرفت بفعل الصحابة فكان وقتها
ما صلوا فيه وهم صلوا بعد العشاء قبل الوتر وعمل الناس اليوم على هذا يعني يصلون بعد العشاء
وقبل الوتر بجماعة لكن لا على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا آثمين
ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك الفضيلة لان افراد الصحابة يروى عنهم التخلف
وعن ابي يوسف من قدر ان يصلي في بيته كما يصلي مع الامام فصلاته في بيته افضل والصحيح
للجماعة في البيت فضيلة وللجماعة في المسجد فضيلة اخرى فهو حاز احدى الفضيلتين وترك
الفضيلة الزائدة كذا في الكافي يقول الفقير المراد ان ليس مراد ابي يوسف من قوله قدر ان يصلي في
ان يصلي بجماعة في بيته بل معناه من قدر ان يصلي في بيته منفردا كما يصلي مع الامام فصلاته في بيته افضل
لان هذه الرواية عن ابي يوسف في مقابلة رواية كونها بجماعة سواء كانت في المسجد او في البيت
فقول صاحب الكافي بعد نقل هذه الرواية والصحيح انه ليس بمحله ويدل على ما قلنا ما قال فخر الدين
قاضيخان في فتواه ويستحب اداؤه بالجماعة وقال مالك والشافعي في القديم الانفراد افضل
كسائر السنن لانه اقرب الى الاخلاص وابعد عن الرياء وعن ابي يوسف انه قال من قدر على ان يصلي
كما يصلي مع الامام في مسجده فالافضل له ان يصلي في بيته والصحيح ان الجماعة افضل لان عمر رضي الله عنه
اقامها بالجماعة بمحضر من كبار الصحابة وخيارهم ولا ظن بهم الاختيار الا الافضل وقال بعض العلماء اذا
صلاها في البيت وحده وترك الجماعة كان مسيئا تاركا للسنة انتهى ثم قال بعد اسطر وان صلى
بجماعة في البيت اختلف المشايخ فيه والصحيح ان الجماعة في البيت فضيلة وللجماعة في المسجد
فضيلة اخرى فاذا صلى في البيت بجماعة فقد حاز فضيلة ادائها بالجماعة وترك الفضيلة الاخرى

اذا عرفت هذا فانظر الى المنصف ما كان مراد ابي يوسف من قوله من قدر ان يصلي في بيته الخ
وهل يكون لقول صاحب الكافي والصحيح انه مساس بهذه الرواية تدبر لكن الظن ان نسخة الكافي
التي عندنا سقيمة سقط عنها بعض ما قاله فخر الدين قاضيخان تتبع ثم اعلم ان مشايخ
العراق وبعض مشايخ بلخ قالوا لا يجوز امامة الصبيان في التراويح وقال بعضهم يجوز
وعن نصير بن يحيى انه سئل عنها فقال يجوز اذا كان ابن عشر سنين وقال شمس الائمة
الصحيح انه لا يجوز لانه غير مخاطب وصلاته ليست بصلاة على الحقيقة فلا يجوز امامته
كامامة المجنون كذا في فتاوى قاضيخان عشرون ركعة سوى الوتر وقال مالك ستة وثلاثون
بعشر تسليمات لانه صلى الله عليه وسلم صلاها كذلك وجلسته بعد كل اربع بقدرها
اي مقدار اربع ركعات وفي الخلاصة والكافي ان الجلسة بين كل اربع بقدرها مستحبة لانه
المتوارث من زمن الاصحاب الى يومنا هذا قال قاضيخان في فتاواه وانما يستحب الانتظار
بين كل ترويحتين لان التراويح ماخوذ من الراحة فيفعل ما قلنا تحقيقا للاسم وهو
في الانتظار مخير ان شاء سبح وان شاء هلل وان شاء صلى وان شاء سكت اي
ذلك فعل فهو حسن لقوله صلى الله عليه وسلم المنتظر للصلاة كمن في الصلاة واهل
مكة يطوفون بالبيت بين كل ترويحتين اسبوعا واهل المدينة يصلون في ذلك اربع ركعات
فصار تراويح اهل المدينة مع الوتر مع ما يصلون بين الترويحات تسعا وثلاثين انتهى
يقول الفقير اذا كان الانتظار لتحقق اسم الترويحة فهو يتحقق بالسكوت والتسبيح والتهليل
والطواف والصلاة لا يحققه بل يحقق خلافه تدبر في جوابه ان امكن
والسنة فيها الختم مرة اختلف المشايخ في قدر القراءة في التراويح فقال بعضهم
يقرأ في كل شفع مقدار ما يقرأ في صلاة المغرب لان التطوع دون المكتوبة فيعتبر
باخف المكتوبات قراءة وقال بعضهم يقرأ مقدار ما يقرأ في العشاء لانها تبع للعشاء
وقال بعضهم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله يقرأ في كل ركعة عشر آيات وهو الصحيح
لان فيه تخفيفا على الناس وبه يحصل السنة وهو الختم مرة واحدة لان عدد الركعات
في ثلاثين ستمائة وآيات القرآن ستة آلاف وشيء فاذا قرأ في كل ركعة عشر آيات
يحصل الختم في التراويح كذا في النهاية يقول الفقير آيات القرآن على ما ذكره المفسرون
ستة آلاف وستمائة وستون آية وبقراءة عشر آيات في كل ليلة يحصل ستة آلاف
ويبقى الباقي اللهم الا ان يقال المراد التقريب يرشد اليه قوله وشيء تدبر قال
صاحب النهاية والفضيلة في الختم مرتين واهل الاجتهاد كانوا يختمون في كل عشر
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يختم في شهر رمضان احدى وستين ختمة ثلاثين في الليالي وثلاثين
في الايام وواحدة في التراويح وانما كان امام مسجد حيه لا يختم فله ان يترك مسجد حيه
ماذكر الصدر الشهيد انه اذا كان يقرأ في مسجد حيه غير المسنون لا يترك مسجد حيه ثم
قال صاحب الهداية ويختم في ليلة السابع والعشرين لكثرة الاخبار انها ليلة القدر
وفي شرح الكنز نقلا عن المحيط اذا ختم في تراويح بعض الشهر مرة ثم لا يصلي تراويح
بقية الشهر يجوز من غير باس لان التراويح ما شرعت لحق نفسها بل الختم فيها وقد حصل
فلا يترك الختم لكسل القوم لكن الافضل في زماننا ما لا يؤدي الى تنفير القوم
عن الجماعة كذا في الاختيار والمتأخرون كانوا يفتون بثلاث آيات
قصارا وآية طويلة حتى لا يمل القوم ولا يتفرقون فيؤدي الى تعطيلها واختار
بعض المشايخ ان يبدأ بسورة الفيل الى آخر السورة في العشر الاولى ثم يعيدها
هنا كذلك للخفة ولئلا يشتبه عليه عدد الركعات كذا في الزاهدي
ويأتي بالثناء عقيب تكبيرة الافتتاح الامام والقوم في التراويح في [illegible]

ويكبر قاعدا مع القدرة على القيام قال قاضيخان في فتاواه اتفقوا على انه لا يستحب ان يصلي التراويح قاعدا بغير عذر
واختلفوا في الجواز قال بعضهم لا يجوز بغير عذر واستدلوا بما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
انه لو صلى سنة الفجر قاعدا بغير عذر لا يجوز فكذا التراويح اذ كل واحدة منهما سنة مؤكدة
وقال بعضهم يجوز اداء التراويح قاعدا بغير عذر وفرقوا بين التراويح وبين سنة الفجر وهو
الصحيح الا انه ثوابه يكون على النصف من صلاة القائم ووجه الفرق ان سنة الفجر
سنة مؤكدة لا خلاف فيها والتراويح في التأكيد دونها فلا يجوز التسوية بينهما
وان صلى الامام التراويح قاعدا بعذر او بغير عذر فاقتدى به قوم قيام
اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يصح اقتداء القائم بالقاعد في قول محمد رحمه الله
ويصح في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى كما في المكتوبة وقال بعضهم يصح اقتداء
القائم بالقاعد في التراويح عند الكل واذا صح اقتداء القائم بالقاعد اختلفوا
فيما يستحب للقوم قال بعضهم المستحب للقوم ان يقعدوا احترازا عن صورة
المخالفة قال الامام القاضي ابو علي النسفي الحاصل ان الامام اذا كان قاعدا يستحب
القيام للمقتدي ويكره للمقتدي ان يقعد في التراويح فاذا اراد المقتدي ان يركع
يقوم ويقتدي لان فيه اظهار التكاسل في الصلاة والتشبه بالمنافقين
قال الله تعالى واذا قاموا الى الصلوة قاموا كسالى وكذا اذا غلبه النوم
يكره له ان يصلي مع النوم بل ينصرف لان في الصلاة مع النوم تهاونا وغفلة
وترك التدبر انتهى ما في فتاوى قاضيخان ويوتر بجماعة في رمضان فقط
وعليه الاجماع لانها نفل من وجه حتى وجبت القراءة في الركعات كلها
وتؤدى بغير اذان واقامة وصلاة النفل بالجماعة ليست بمستحبة لانها
لو كانت افضل من الصلاة فرادى ولو كانت افضل لفعلها اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو فعل لاشتهر وما اشتهر الجماعة في الوتر
خارج رمضان فعلم انهم لم يفعلوا كذا في النهاية ثم ان الوتر في رمضان بالجماعة
افضل او الاداء في منزله وحده الصحيح ان الجماعة افضل لان عمر رضي الله عنه
يؤمهم في الوتر ولانه لما جاز الاداء بالجماعة كانت الجماعة افضل اعتبارا بالمكتوبة
وذكر ابو علي النسفي ان علماءنا اختاروا ان يوتر في رمضان في منزله
ولا يوتر بجماعة لان الصحابة رضي الله عنهم لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان
كاجتماعهم على التراويح فان ابي بن كعب رضي الله عنه ما كان يؤمهم فيه
والافضل في السنن المنزل لانه ابعد من الرياء ولقوله عليه الصلاة والسلام
افضل صلوة الرجل في بيته الا المكتوبة الا التراويح لانها شرعت في جماعة
ولو تركوا الجماعة في فرض العشاء لم يصلوا التراويح جماعة ولو لم يصل الامام الوتر
لانه تابع لرمضان وعند بعضهم لا يصلي لانه تابع للتراويح عند ذلك البعض
ولا يزيد الامام في التراويح على التشهد وان علم انه لا يثقل على الجماعة يزيد
الصلاة ويأتي بالدعاء كذا في الاختيار ولا يصلي التطوع بجماعة الا قيام رمضان
وعن شمس الائمة ان التطوع بالجماعة انما يكره اذا كان على سبيل التداعي
واذا اقتدى ثلاثة بواحد اختلف فيه وان اقتدى اربعة بواحد كره اتفاقا
كذا في الكافي ومن هنا قال والاكره الاقتداء بامام في صلاة الرغائب والبراءة
والقدر حتى قال ابن الملك في شرح على المشارق قبل الله واضعها

فصل

يصلي

يصلي امام الجمعة بالناس لانه اجتماع فيشترط نائب الامام تحرزا عن الفتنة كالجمعة عند كسوف الشمس
يقال كسفت الشمس اذا ذهب ضوءها واسودت والخسوف والصحيح ان الكسوف للشمس
والخسوف للقمر قال الله تعالى فاذا برق البصر وخسف القمر وان جاز استعمال كل منهما في كل منهما
يقال كسفت الشمس والقمر جميعا وقالت عائشة رضي الله عنها خسفت الشمس على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم كذا في المغرب وانما اورد هذه الصلاة في حيز النوافل تنبيها على انها منها
وجعلها في فصل على حدة اشعارا بانها ممتازة عن النوافل بعروض اسباب سماوية نادرة واورد
صاحب الهداية عقيب صلاة العيد لاشتراكهما التادية بالجماعة في النهار بغير اذان واقامة
والاصل فيها حديث ابن مسعود الانصاري رضي الله عنه انكسفت الشمس يوم مات ابراهيم ابن سيدنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال الناس انما انكسفت الشمس لموته فقال عليه السلام ان الشمس والقمر آيتان
من آيات الله لا تنكسفان بموت احد ولا لحياته فاذا رأيتم شيئا من هذه الافزاع فافزعوا الى الصلاة
ركعتين لما روى جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم ابن مسعود وعمر وسمرة والاشعري
رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف الشمس ركعتين
في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي في كل ركعة ركوعان واحتج على ذلك
بحديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلوة الكسوف ركعتين باربع ركوعات
واربع سجدات ولنا حديث عبد الله بن عمر والنعمان بن بشير وابي بكرة وسمرة بن جندب رضي الله عنهم
بالفاظ مختلفة ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف الشمس ركعتين كالتطوع كل بعلها
فانجلت الشمس مع فراغه منها واذا تعارضت الروايتان كان الترجيح لرواية الرجال
وتأويل ما رواه ما ذكره محمد انه يحتمل ان النبي صلى الله عليه وسلم اطال الركوع زيادة على قدر ركوع
سائر الصلاة فرفع اهل الصف الاول رؤسهم ظنا منهم انه عليه السلام رفع رأسه من الركوع فمن خلفهم
رفعوا رؤسهم فلما رأى اهل الصف الاول رسول الله صلى الله عليه وسلم راكعا ركعوا فمن خلفهم
ركعوا فلما رفع رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه المباركة من الركوع رفع القوم رؤسهم فمن كان
خلف الصف الاول ظنوا انه عليه السلام ركع ركوعين فرووا حسبما وقع عندهم ومثل هذا
الاشتباه كثيرا ما يقع لمن كان آخر الصف وعائشة رضي الله عنها كانت واقفة في صف النساء
فان قيل قد روي في الكسوف على نحو ما قال الشافعي من الرجال ابن عباس وقد كان في صف
الصبيان في ذلك الوقت ويطيل القراءة لان في الاطالة متابعة النبي صلى الله عليه وسلم
فانه صح ان قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الركعة الاولى بقدر سورة البقرة وفي الثانية
قال صاحب الهداية اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون
استيعاب الوقت بالصلاة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الآخر ويخفيها اي القراءة عند الامام
وقالا يجهر لرواية ابن عباس وسمرة بن جندب ولما رواه عائشة والترجيح قد مر كيف وانها
صلاة النهار وهي عجماء ثم يدعو بعدها حتى تنجلي الشمس ان شاء جالسا مستقبل القبلة وان شاء قائما
والقوم يؤمنون لقوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فافزعوا الى الله تعالى بالدعاء
ولا يخطب وقال الشافعي يخطب بعد الصلاة خطبتين كما في العيد لما روت عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم
خطب فحمد الله تعالى واثنى عليه ولنا انه لم ينقل ولو صح فتأويله انه عليه السلام خطب لان الناس كانوا يقولون
انما كسفت لموت ابراهيم فاراد ان يرد عليهم لا لشرعية الخطبة كذا في العناية قال مولانا الفاضل سعدي افندي
كيف لم ينقل وقد اخرج الستة عن عائشة رضي الله عنها قال الفقير وفي البحر الرائق لم ينقل عن
لانه صرح في حديثه ان عائشة رضي الله عنها وهنا قرينة على ما قلنا وقال صاحب النهاية معنى قولها خطب
وان لم يحضر امام الجمعة صلوا فرادى تحرزا عن فتنة التقديم والتقدم والمنازعة فيهما صلى الناس
والاصل في التطوع ركعتين او اربعا كالخسوف كما يصلي في خسوف القمر فرادى وان كان مع امام الجمعة
لانه يكون ليلا فيتعسر الاجتماع وربما يفضي الى الفتنة وقال الشافعي اذا خسف القمر صلى الامام بالناس
وركع في كل ركعة ركوعين ويجهر كما قال في الكسوف وفي الظلمة والريح في الفزع والزلازل والصواعق وانتشار
الكواكب والامطار الدائمة وعموم الامراض فان صلاتها كصلاة الخسوف لما روينا من قوله عليه السلام اذا رأيتم

فصل

لا صلوة بجماعة في الاستسقاء بل دعاء واستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا حيث جعل الاستغفار سببا لارسال الغيث دون الصلاة على ان رسول الله عليه الصلاة والسلام استسقى ولم ترو عنه الصلاة وانما المروي عنه الدعاء وفي حديث انس رضي الله عنه ان الناس شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الجدب وهو على المنبر فدعا فمطروا الى الجمعة القابلة ولم يرو انه عليه السلام صلى وروي ان عمر رضي الله عنه خرج الى الاستسقاء فزاد على الدعاء وروي انه رضي الله عنه شاور الصحابة فقال كعب رضي الله عنه يا امير المؤمنين ان بني اسرائيل كانوا يستسقون بعصبة انبيائهم فقال هذا العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم وصنو ابيه فاجلسه على المنبر ووقف بجنبه وقال اللهم انا نتوسل اليك بعم نبيك ودعا بدعاء طويل فما نزل عن المنبر حتى سقوا فان صلوا افرادا جاز وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين قال صاحب النهاية ذكر في المحيط قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمه الله وذكر في شرح الطحاوي قول ابي يوسف مع قول محمد كما ذكر في الهداية لما روي ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى وام فيه ركعتين كصلاة العيد قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة يجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلاة العيد روي بعضهم عن محمد انه يكبر تكبيرات العيد وقال ابو يوسف لا يكبر وهو المشهور ويخطب بعدها اي بعد الصلاة خطبتين كالعيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة لان المقصود الدعاء فلا يقطع بالجلسة ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك خلافا لمالك ويقلب الامام عند محمد لانه روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه وصفة التقليب انه كان مربعا جعل علاه اسفله وان كان مدورا جعل الجانب الايمن على الايسر والايسر على الايمن واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يقلب الامام ايضا رداءه لانه صلى الله عليه وسلم استسقى يوم الجمعة ولم يقلب رداءه ولو كان سنة لما تركه وما روى محمد كان تفاؤلا لا يفيد غير رداءه لتغير الهواء ويحتمل انه عليه السلام عرف وحيا انه تعالى يغير الحال بتغير رداءه وهذا لا يوجد في غيره او لما تعارضت الاخبار تمسك بالقياس والقياس ان لا يقلب الرداء كالكسوف والجمعة والعيدين ويخرجون ثلاثة ايام فقط لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار كذا في الدرر وفي القاموس ابلاه عذرا اداه اليه فقبله والمعنى على وقد روي اكثر من ثلاثة ايام كذا في الاختيار لكن قال صاحب النهاية والعناية ولم ينقل اكثر من ذلك ويخرجون مشاة في ثياب خلق غسيلة متذللين متواضعين خاشعين لله تعالى ناكسين رؤسهم ويقدمون الصدقة كل يوم قبل خروجهم قيل يستحب للامام ان يامرهم بصيام ثلاثة ايام وبالتوبة والصدقة والخروج من المظالم والتوبة من المعاصي ثم يخرج بهم اليوم الرابع وبالعجائز وبالصبيان الى ثلاثة ايام ويستحب ايضا اخراج الدواب ولا يحضر اهل الذمة لانه لاستنزال الرحمة وانما ينزل عليهم العذاب واللعنة وقال مالك ان خرجوا لم يمنعوا من ذلك وفي عمدة الاثر وهو انهم خرجوا في بعض عصر الخلفاء مع المسلمين فلم يمنعوا من ذلك ولكنا نقول انما يخرج الناس للدعاء ودعاء الكافرين في ضلال وقد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتبعيد المشركين حيث قال انا بريء من كل مسلم مع مشرك ومن بعض نوعهم خروجهم قال صاحب التسهيل ولا يخرج اهل الذمة العجب يقول الفقير ليت شعري من اخذ صاحب التسهيل هذا وهو عينه مذهب مالك ولم يرو من علمائنا في عامة الكتب ولا قائل منا بخروجهم لا معنا ولا مستقلا

باب ادراك الفريضة

باب ادراك الفريضة

لما فرغ من بيان نفس الصلوات المفروضات وواجباتها وسننها شرع في بيان مسائل متفرقة يتعلق شرع في فرض فاقيم اي شرع الامام في تلك الفريضة لا اذا اقام المؤذن لانه لو اخذ المؤذن في الاقامة والرجل لم يقيد الركعة الاولى بالسجدة فانه يتم ركعتين بلا خلاف بين اصحابنا ان لم يسجد للاولى اعلم ان الاصل ان نقض العبادة قصدا بلا عذر حرام لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم لكن النقض للاكمال كنقض المسجد للاصلاح ونقض الظهر للجمعة والصلاة بالجماعة مزية على الصلاة منفردا فجاز نقض الصلاة منفردا لاحراز فضيلة الجماعة وان سجد لها وهو في الرباعي يتم شفعا حتى يصير ركعتا قيل بقوله وهو في الرباعي لانه اذا كان في الثلاثي او الثنائي سيجيء حكمه ولو سجد للثالثة يتم لانه قد ادى الاكثر وللاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض وبعد ذلك متطوعا الا في العصر لان النفل ولو في الفجر او المغرب يقطع ما لم يقيد الثانية بالسجدة لانه ان لم يقطع وقيد الثانية بسجدة وبعد وجد الاكثر في المغرب وللاكثر حكم الكل ففيه شبهة الفراغ وحقيقته لا تحتمل النقض فكذا شبهته فان قيد يتم ولا يقتدي لان النفل بعد صلاة الفجر لا يجوز وفي المغرب لا يجوز النفل ثلاثا ولو كان في سنة الظهر او الجمعة فاقيم في الظهر او خطب في الجمعة يقطع على شفع لانهما نوافل روي ذلك عن ابي يوسف وقيل يتمها كما في فتاوى الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري في سنة الظهر وكره خروجه من مسجد اذن فيه قبل ان يصلي ما اذن لها لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قيل ان كان هذا مسجد حيه فلا شك انه لا يخرج لان المؤذن دعاه ليصلي فيه وان لم يكن مسجد حيه ان كان صلى في مسجد حيه او خرج ليصلي في مسجد حيه لان الواجب عليه ان يصلي في مسجد حيه ولو صلى في هذا المسجد فلا بأس ايضا لانه صار اهله الا من تقام به جماعة اخرى اي من ينتظم امرها بان يكون مؤذن مسجد او امامه او من يقوم بامر جماعة وفي فاتته الجماعة في مسجد حيه فان اتى مسجدا يرجو فيه الجماعة فحسن وان صلى في مسجد حيه هنا اذا لم يدخل المسجد وان كان قد دخل يصلي فيه وابي الحسين افضل كان السلف يختارون الجماعة وقال بعضهم كان الصحابة اذا دخلوا مسجدهم صلوا افرادا بغير اذان واقامة ولو كانت تفتهم جماعة مسجد لستة لاجل درس او سماع لا اختار افضل بالاتفاق لتحصيل الثواب ولو فاتته التكبيرة الاولى او ركعة او ركعتان قال الافضل ان يصلي في مسجده ولا يذهب الى مسجد اخر كل ذلك وان صلى امرة فدخل مسجدا لا يكره الخروج الا في الظهر والعشاء وان شرع في الاقامة فانه يكره ولا يكره في الفجر والعصر والمغرب مع الكراهة التنفل بعد الفجر والعصر وعدم مشروعية ثلاث ومن خاف فوت الفجر جماعة ان ادى سنته يتركها ويقتدي لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد لما روي انه عليه السلام قال لقد هممت ان استخلف من يصلي بالناس وانظر الى من لم يحضر الجماعة قال المحشي المعروف باخي جلبي قيل ان خاف انه لو اشتغل بالسنة فاته الفجر شرع في السنة ويكبر لها ثم يكبر ثانيا للفرض فيخرج بهذه التكبيرة عن السنة ويصير شارعا للفريضة فاذا فرغ من الصلاة يقضيها قبل الطلوع ولا يكره ولا يصير مبطلا للعمل بل يصير متجاوزا عمل الى عمل ذكره الواحدي في شرح النقاية وما وجب بالشروع ليس باقوى مما وجب بالنذر وقد نص محمد ان المنذور لا يؤدي بعد الفجر قبل الطلوع اه هذا امر بالافتتاح على قصد ان يقطعها وهذا غير مستحسن شرعا وقد استحسن الاكمال والجماعة الوجه الثاني بان القصد للقطع نقض للاكمال فلا بأس انتهى قال الفاضل سعدي افندي قال ابن الهمام في اول باب سجود السهو من شرع في الصلاة بقصد ان يسلم لا ينبغي ونيته لغو وابطال العمل قصدا منهي وحرمة المنسوق مقدم على جلب المصلحة وان رجا ادراك ركعة لا يتركها لان سنة الفجر اكمل كالجماعة فيجمع بينهما ما امكن عند باب المسجد ويقتدي وان لم يكن عند باب المسجد يصليها في المسجد خلف سارية من سواري المسجد واشدها كراهة ان يصليها مخالطا للصف والذي يلي ذلك ان يصلي خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف ولا يقضي ركعتي الفجر الا تبعا للفرض يعني اذا فاتت معها وقضاها مع الجماعة او وحدانا فانه يقضي السنة لكن عند محمد يقضيها قبل الزوال تبعا للفرض وهو يكره ان عليه السلام قضاها مع الفرض فيبقى ما وراءها على الاصل فيما بعد الزوال خلاف المشايخ قال بعضهم يقضيها تبعا ولا يقضيها مقصودا

بالاداء
يقطع ويقتدي
اكمال عن نقص
نافلة ثم يقطع ويقتدي
بعد مكروه
ثم صلاة في البيت
لانها بمنزلة واحدة
يخرج قبل الصلاة
لا بأس
ولا فضل الا يخرج
بعد فرض
النهاية
متتابعة
متتابعا
للفريضة
البرجندي
ذلك الفصل
لاينبغي

وعند محمد يقضي بعد الطلوع يعني ان فاتته سنة الفجر لم يقضها قبل طلوع الشمس بالاتفاق بيننا
لان صفة السنة فاتت بذهاب وقتها فاشبه مطلق النفل وهو مكروه بعد صلاة الصبح ولا بعد ارتفاع
وقال محمد يقضي بعد الارتفاع الى الزوال ثم انه قيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهما يقولان ليس عليه القضاء
وان فعل لا بأس به ومحمد يقول احب الي ان يقضي وان لم يفعل فلا شيء عليه ومنهم من حقق الخلاف وقال انه
لو قضى كان نفلا مبتدأ او سنة واما سائر السنن سواها لا يقضي بعد الوقت وحدها وفي قضائها
تبعا للفرض اختلف المشايخ قال بعضهم يقضيها لانه كم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا
قال صاحب العناية وفيه نظر لانه يستقل هنا فيسمى تبعا لا ضمنا قال الفاضل سعدي افندي اقول
قد يعم الثلث المعنى لما ثبت تبعا ولا يلزم ان يكون كل شيء جزءا وفي ذلك نظر للمستتبع وقال بعضهم
لا يقضيها لاختصاص القضاء بالواجب وهو الصحيح وترك سنة الظهر في الحالين يعني سواء
خشي فوت الفرض او لم يخش لانه يمكن اداؤها بعد الفرض وهو الصحيح وقال بعضهم ان سنة الظهر لا
اذا فاتت لان في سنة الفجر ورد الشرع بالقضاء غداة ليلة التعريس ولم يرد مثل ذلك في سنة
وهنا غير حديث لانه عليه السلام فاتته الاربع قبل الظهر فقضاها بعده رواه عائشة رضي الله عنها
ويقضيها في وقته قبل شفعه عند محمد وعند ابي يوسف يصلي الركعتين ثم يقضي الاربع وذكر بعضهم الخلاف
وقيل الخلاف مبني على انه نفل مبتدأ او سنة فمن قال انه نفل لا يقدمه على الركعتين لانه لو بدأ به لفاتته
الركعتان عن وقتهما ومن قال بانه سنة يقدمه عليهما لان كل واحد منهما سنة الا ان احديهما فائتة
والاخرى وقتية فيقدم الفائتة على الوقتية وان خرج لم يقضه وحده وتبعا على الصحيح
وغيرها اي غير سنة الفجر وسنة الظهر وغير الفرائض الخمس والوتر لا يقضي اصلا وفي الخلاصة
لو صلى سنة الفجر او الاربع قبل الظهر ثم اشتغل بالبيع والشراء او الاكل فانه يعيد السنة ولكن
باكل لقمة او شربة ماء لا تبطل السنة وقيل الظاهر انه لا يعيدها ثم ان سنن الصلوات الخمس
والاثم كما في الكافي يقول الفقير قد تقرر في الاصول ان الكفر انما يلزم اذا انكر ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه
وثبوت سنن الصلوات الخمس بالدليل القطعي شبهة لان الاحاديث الواردة فيها احاد اللهم الا ان يقال
ثبوتها بالنقل المتواتر عنه صلى الله عليه وسلم وواظب عليها ومن ادرك ركعة واحدة من الظهر مثلا
لم يصلها بجماعة بل ادرك فضلها صورتها رجل قال لعبده ان صليت الظهر بجماعة فانت حر فادرك
لانه لم يصل الظهر بجماعة لانه منفرد ببعضه حتى لزمته الزيادة عليه وانما يصير مصليا له بجماعة اذا ادى
كله او اكثره ليقوم مقام كله فلو ادرك الثلاث حنث وقيل لا وكذا الخلف في اللاحق ايضا قال
صاحب الدرر ولم يتعرضوا لمدرك الركعتين اقول وجه عدم التعرض له ان حكمه يفهم من حكم الظهر
فان مدرك ركعة اذا ادرك فضل الجماعة فاولى ان يدرك مدرك ركعتين واذا اختلف في كون مدرك الثلث
مصليا بالجماعة فاولى ان يصلي بها مدرك الركعتين انتهى وقال شمس الائمة حتى ان ادركت الظهر حنث
بادراك ركعة لان ادراك اخر الشيء ادراك له يقال ادركت ايامه اذا ادرك اخرها
وقوله بل ادرك فضلها اي صار محرزا ثواب صلاة صليت بالجماعة باتفاق بيننا وبين الشافعي
ولم يصل جماعة يتطوع قبل الفرض ما شاء ان لم يخف فوت الوقت بان يصلي فيه فاراد ان يصلي
من فرضه منفردا فهل يأتي بالسنن قال بعض مشايخنا ومنهم الكرخي لا فان السنن
انما سنت اذا ادى الفرائض بالجماعة اما بدونه فلا وقال الحسن بن زياد من فاتته
الجماعة فصلى في مسجد بيته يبدأ بالمكتوبة لكن الاصح ان يأتي بالسنن فان النبي
صلى الله عليه وسلم واظب عليها لكن اذا ضاق الوقت يترك السنة ويؤدي الفرض وحده
قال صاحب الخلاصة ولا ينبغي ان اراد ان يصلي فرضه منفردا قبل يصلي السنن الرواتب قطعا
ولا يتخير فيها مع الامكان وقيل يتخير واما من زاد عليها يتخير فيه بلا خلاف
ومن ادرك الامام راكعا فكبر ووقف حتى رفع راسه لم يدرك تلك الركعة لفوات المشاركة فيه
المستلزم لفواته خلافا لزفر يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام لان الركوع يشبه القيام لوجود
استواء النصف الاسفل فالتحق به اعتبارا بالقيام من القاعد ومن ركع قبل امامه فيه صح ركوعه
لان الشرط هو المشاركة في جزء واحد فقد وجد وهذا لان للركوع طرفين فالمشاركة في احدهما
كاف وقال زفر لا يجوز لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما بنى عليه

عن عائشة رضي الله عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم
اذا صلى ركعتي الفجر فان كنت مستيقظة حدثني
والا اضطجع لحديث رواه مسلم قال ابن الملك
دليل على ان الفصل بين سنة الصبح وبين فرضها
على ان احدهما لا على سنة انتهى
فضيلتها
ان الكلام بين السنة والفرض يبطل الصلاة
او ثوابها فقول بعض نعم كلامه عليه السلام
كان من كلام الاخرة
واما كلام الدنيا فلا
خلاف الاولى
فضلا عما بين الصلاتين
مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح
علي القاري عليه رحمة ربه البارئ

باب قضاء الفوائت

لما فرغ من بيان احكام الاداء وما يتعلق به شرع في بيان القضاء وهو الخلف عنه
الترتيب بين الفائتة والوقتية وبين الفوائت شرط لما روى ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من نسي صلوة فلم يذكرها الا وهو مع الامام
فليصل مع الامام ثم ليصل التي نسيها ثم ليعد التي صلاها مع الامام فلو لم يكن
الترتيب شرطا لما امر بالاعادة وما روى انه عليه الصلاة والسلام فاتته اربع
صلوات يوم الخندق فقضاهن على الترتيب وقال صلوا كما رأيتموني اصلي
فلو صلى فرضا ذاكرا فائتة فسد فرضه موقوفا اي لو صلى العصر مثلا ذاكرا
انه لم يصل الظهر فسد عصره ان لم يكن في اخر الوقت عندهما وعند محمد
الوقت المستحب حتى لو شرع في العصر وهو ناسي الظهر ثم تذكر الظهر في وقت
لو اشتغل به يقع العصر في الوقت المكروه يقطع العصر عندهما ويصلي الظهر
ثم يصلي العصر وعنده يمضي في العصر ثم يصلي الظهر بعد غروب الشمس
وان فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلاة عندهما وعند محمد يبطل ثم
العصر يفسد فسادا موقوفا عند ابي حنيفة وعندهما باتا اي يفسد فسادا قطعيا
غير موقوف فلو قضاها اي الفائتة قبل اداء ست من الصلوات بطلت فرضية
ما صلى وتصير نفلا وعند محمد يبطل اصلها والا اي وان لم يقض الفائتة
حتى ادى سادسا صحت عنده لان الترتيب سقط بكثرة الفوائت والكثرة
قائمة بمجموع الست مستندة الى اولها كسائر المستندات الا بالسادسة
فكانه صلى الخمس حال سقوط الترتيب فوقعت صحيحة لا عندهما لانه ادى الخمس
حال قيام الترتيب قبل بلوغ الفوائت حد الكثرة وهو ان يصير الفوائت ستا
فوقعت فاسدة فلا ينقلب بعدها جائزة فيجب اعادتها والكثرة الحاصلة
بالسادسة انما تؤثر فيما بعدها لا في الخمس كما ان الكلب المعلم اذا ترك الاكل
ثلاث مرات يثبت الحل بعد الثلاث لا فيها فيفسد الخمس لكونها مؤداة بلا ترتيب
ولهذا قيل في هذه المسئلة الواحدة المفسدة للخمس هي الفائتة التي تقضي قبل السادسة
والمصححة لها هي السادسة والوتر كالفرض عملا وان كان سنة اعتقادا حتى لا يكفر جاحده
فذكره مفسد خلافا لهما لانه سنة عندهما ولا ترتيب بين الفرائض والسنن بل يجب الترتيب
فيما بين فرضين فلو صلى العشاء بلا وضوء ناسيا ثم صلى السنة والوتر بوضوء يعيد السنة
لا عادة العشاء يعني تذكر انه صلى العشاء بلا وضوء والسنة والوتر بوضوء يعيد العشاء والسنة
لانه لا يصح اداء السنة مع انها اديت بالوضوء لانها تبع الفرض ولا يعيد الوتر
لانه صلوة مستقلة عنده فصح اداؤه لان الترتيب وان كان فرضا بينه وبين
العشاء لكنه ادى الوتر بزعم انه صلى العشاء بالوضوء فكان ناسيا
ان العشاء في ذمته فسقط الترتيب خلافا لهما فانه يقضي الوتر عندهما
بناء على انه سنة عندهما وبطلان الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عندهما
لان التحريمة عقدت لاصل الصلاة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة
بطلان الوصف بطلان الاصل كما لو كبر بالصوم اذا لم يشرع في حالة
اداء الصوم ينقلب الصيام تطوعا خلافا لمحمد لان التحريمة عقدت
للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة التي انعقدت لاجله اصلا
يقول الفقير لو ذكر المصنف هذه المسئلة عقيب الفساد
الموقوف والبات لكان اولى ولهذا ذكرناها هنالك مرة

ويسقط الترتيب بضيق الوقت لئلا يؤدي الى تفويت الوقتية عن الوقت وهو حرام
بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وبالنسيان لان الناسي عاجز عن تقديم الفائتة على الوقتية
مع نسيان الفائتة فلو كلف لكان تكليف عاجز وقد قال الله تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها
وعند مالك رحمه الله لا يسقط الترتيب بضيق الوقت والنسيان وبصيرورة الفوائت ستا
كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية بقضاء الفوائت حديثة او قديمة الحديثة تسقط الترتيب
اتفاقا وفي القديمة اختلاف المشايخ وذلك كمن ترك صلاة شهر ثم صلى شهرا ولم يقض
تلك الصلوات حتى ترك صلاة ثم صلى اخرى ذاكرا للفائتة الحديثة لم يجز عند البعض فيجعل
الاخرى من الفوائت كان لم يكن زجرا له عن التهاون بالصلاة وقيل يجوز وعليه الفتوى
لان القديمة ابطلت الترتيب لكثرتها وبالحديثة ازدادت الكثرة فيتأكد السقوط
وما قالوا مؤد الى غيرها التهاون لا الى الزجر عنه فان من اعتاد تفويت الصلوات
لو افتي بعدم الجواز يفوت اخرى ثم وثم حتى يبلغ الحديثة حد الكثرة ولا يعود الترتيب
بعودها اي بعود الفوائت الى القلة يعني لو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي لا يعود الترتيب
وقال صاحب الهداية يعود الترتيب عند البعض وهو الاظهر وقال صاحب النهاية وهذا
الذي اختاره المصنف خلاف ما اختاره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام وصاحب المحيط
وقاضيخان وصاحب المغني وغيرهم والفتوى على ما اختاروا فمن ترك ستا او اكثر وشرع
يؤدي الوقتيات مع بقاء الفوائت ثم فاته فرض جديد فصلى وقتية بعده ذاكرا له اي
لهذا الفرض الجديد صحت وقتيته هذا تفريع قوله حديثة او قديمة وقد بيناه آنفا فلا نعيد
وكذا لو قضى الفوائت الا فرضا او فرضين وصلى وقتيه ذاكرا تفريع على قوله ولا يعود
بعودها الى القلة وقد بيناه ايضا ولا يقتل تارك الصلاة عمدا لانه لا يكفر بالجحود
وقوله صلى الله عليه وسلم من ترك الصلوة متعمدا فقد كفر محمول على الجحود على ما بينه الاكمل
ولو ارتد عقيب فرض صلاها عيادا بالله تعالى ثم اسلم في الوقت لزمه اعادة عندنا
ولا يلزم عند الشافعي لان نفس الرد لا يبطل العمل بل الموت عليها لقوله تعالى ومن يرتدد
منكم عن دينه فيمت وهو كافر فاولئك حبطت اعمالهم ولنا
ان العمل يبطل بنفس الكفر بقوله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله
واذا بطل العمل جعل كان لم يصل فاذا اسلم في الوقت يجب عليه الاداء
ولا يلزمه قضاء ما فاته زمان الردة يعني اذا مضت مدة على ردة ثم اسلم لا يجب عليه قضاء
ما فاته في تلك المدة من الفرائض عندنا ويجب عند الشافعي لنا قوله تعالى
قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وهو بعمومه يتناول المرتد
وله ان المرتد مخصوص منه اذ الكافر الاصلي لا يعلم محاسن الاسلام ولم يلتزم ما فيه
من التكاليف ولو كان واجبا عليه قضاء المتروكات لنفره لكاد ان يمنعه
عن الاسلام فخفف لذلك ولا كذلك المرتد لانه علم حسن الاسلام وتركه
عنادا فلم يستحق التخفيف ولهذا لم يقبل منه الجزية ولا قضاء ما فاته بعد اسلامه
في دار الحرب ان جهل فرضيته يعني اذا اسلم حربي في دار الحرب ولم يعلم
وجوب الصلاة ونحوها ومكث فيه زمانا ثم علم وجوب الصلاة لا يلزمه
قضاؤها وقال زفر يلزمه في دار الاسلام ولم يعلم بالشرايع يجب عليه
ولنا ان الانسان عاجز عن الاتيان بالشرايع قبل العلم بها كيف
تلزمه بخلاف الايمان لان دلائل وجود الصانع ووحدته ظاهرة
وبخلاف من اسلم في دار الاسلام لانها دار العلم وشيوع الاحكام
فلا يكون معذورا في ترك العلم

باب سجود السهو

باب سجود السهو

لما فرغ من ذكر الاداء والقضاء شرع في بيان ما يكون جابرا لنقصان يقع فيهما
وهذه الاضافة اضافة الحكم الى السبب وهي الاصل في الاضافات لان الاضافة
للاختصاص واقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بالسبب اذا سهى بزيادة
او نقصان سجد سجدتين اراد بالزيادة زيادة فعل من افعال الصلاة وانه في
غير محله او مستلزم لترك ما وجب وتلك الزيادة نقصان واراد بالنقصان ترك ما وجب
فعله في الصلاة كذا في الكافي بعد التسليمتين وقيل بعد تسليمة واحدة
وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه صلى الله عليه وسلم سجد للسهو قبل
السلام ولانه جبر للفائت فيقوم مقامه والفائت قبل السلام فكذا ما يجبره
ولنا حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام سجد للسهو بعد السلام ولما اختلف
روايتنا فعله صلى الله عليه وسلم يرجع الى قوله وهو ما روى ثوبان رضي الله عنه عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لكل سهو سجدتان بعد التسليم قال صاحب الهداية
وهذا الخلاف في الاولوية لا في الجواز يعني ان الاولى عندنا ان يسجد للسهو بعد السلام
ولو سجد قبل السلام يجوز وعنده على العكس وعند مالك ان كان سهوه عن نقصان
فقبل السلام وان كان عن زيادة فبعده قال صاحب الدرر اختار صاحب الهداية وشمس
الائمة والامام ابو الليث والامام ظهير الدين المرغيناني كونها بعد تسليمتين
واختار صاحب الكافي وفخر الاسلام وشيخ الاسلام خواهرزاده وصاحب الايضاح
بعد تسليمة وقال تاج الشريعة في شرح الهداية ذكر شمس الائمة انه يسلم
تسليمتين ثم يسجد وهو الاصح لانه قول كبار الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود
وجمهور العلماء رضي الله عنهم والاخذ برواية اصحابه كانوا قريبين من رسول الله صلى الله
عليه وسلم اولى من الرواية الاخرى عن عائشة وسهل بن سعد رضي الله عنهما
وعائشة كانت في صف النساء وسهل بن سعد كان من الصبيان فيحمل
على انهما لم يسمعا التسليمة الثانية وسوق كلام الفريقين يدل على ان
القولين للامام الاعظم وفي المجمع نسب الثاني الى محمد والاول اليهما انتهى ما في الدرر
وقيل المختار للمنفرد تسليمتان وللامام تسليمة لانه اذا سلم تسليمتين ربما يشتغل
بعض الجماعة بما ينافي الصلاة وعمل العامة اليوم على هذا ويتشهد
ويسلم ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو
هو الصحيح وهو قول الكرخي لان الصلاة والدعاء موضعهما آخر الصلاة
وقال الطحاوي يأتي في القعدتين لان كل واحدة منهما آخر الصلاة
قال صاحب العناية ومنهم من قال ان في المسألة اختلافا بين العلماء رحمهم الله تعالى
فعند ابي حنيفة وابي يوسف في القعدة الاولى وعند محمد في الاخيرة بناء على
اصل وهو ان السلام ممن عليه السهو يخرجه من الصلاة عندهما فكانت القعدة
قعدة الختم وعند محمد على خلافه ثم قال فيه نظر ان شئت فراجعه
ويجب ان قرأ في ركوع او قعود لان التشهد والركوع ليسا بمحل القراءة
فيكون زيادة فعل من افعال الصلاة غير واقع في محله فيجب او قدم ركنا
او اخره او كرره او غير واجبا او تركه كركوع قبل القراءة
مثال تقديم الركن وتاخير القيام الى الثالثة بزيادة على التشهد مثال
تاخير الركن روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان من زاد على التشهد ولو حرفا يجب عليه
سجود السهو وقيل لا يجب سجوده بقوله اللهم صل على محمد ونحوه انما المعتبر
مقدار اداء ركن وركوعين مثال تكرار الركن

والجهر فيما يخفى وكذا عكسه مثال تغيير الواجب واختلف الروايات في المقدار
والاصح قدر ما يجوز به الصلاة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز
عنه وعن الكثير ممكن وما يصح به الصلاة كثير قال صاحب الهداية
وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة انتهى
قال صاحب النهاية فان قلت هذا الجواب في حق المنفرد في الصلاة التي يجهر فيها
صحيح لانه لا يجب الجهر على المنفرد بل هو مخير بين الجهر والمخافتة واما في حق الصلاة
التي يخافت فيها فينبغي ان يجب سجود السهو بالجهر فيها لان المخافتة على المنفرد
واجبة فيها كالامام قلت هذا الذي ذكره جواب ظاهر الرواية واما جواب
رواية النوادر فانه يجب عليه سجدة السهو كذا ذكره الناطفي في واقعاته
رواية ابي سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السهو
واما وجه ظاهر الرواية انه اذا خافت فيما يجهر فظاهر لانه مخير بين الجهر والمخافتة
والتخيير ينافي الوجوب وكذلك اذا جهر فيما يخافت لم يترك واجبا عليه
لان المخافتة انما وجبت لنفي المغالطة وهو انما يحتاج الى هذا في صلاة تؤدى
على سبيل الشهرة والمنفرد يؤدي على سبيل الخفية فلم يكن المخافتة واجبة عليه
كذا في الذخيرة والمحيط انتهى وترك القعود الاول مثال ترك الواجب
وقيل كله يؤول الى ترك الواجب قاله صدر الاسلام حيث قال ان سبب الوجوب
واحد وهو ترك الواجب قال صاحب المحيط وهذا جمع ما فيه لان جميع ما
ذكر من مراعاة الترتيب في الافعال والاذكار واجب وكذا التشهدان
والقعود الاول وعليه المحققون وان تشهد في القيام او الركوع لا يجب
لان القيام محل الثناء فلا يتغير به فلا يجب وان سها امامه كفيه سجدتان
بعد السلام تجزيان عن زيادة ونقصان ويلزم المقتدي بسهو امامه لتقرر
السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام ان سجد
وان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا
لا بسهوه اي لا يجب السجود على المقتدي بسهوه ولا على الامام ايضا لانه لو سجد
وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا والمسبوق
يسجد مع امامه للمتابعة ثم يقضي ما عليه ولهذا قيل الاولى ان لا يقوم قبل
سلام الامام ولو قام قبل سجوده فعليه ان يعود فيسجد معه ان لم يقيد الركعة
بالسجود وان قيدها به لا يعود ولو سها فيما يقضي سجد ثانيا لهذا السهو
لانه منفرد واللاحق يجب عليه السجدة لسهو امامه بان سها حال نوم المقتدي
او ذهابه الى الوضوء لانه بمنزلة المصلي خلفه ولو سها امامه بان سها اللاحق
في القضاء لا يسجد لانه مؤتم كانه خلف الامام والمقيم خلف المسافر حكمه حكم
المسبوق في سجدتي السهو سها عن القعود وهو اليه اقرب برفع ركبتيه عاد
وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه كفناء المصر له حكم المصر في حق
صلاة الجمعة والعيدين واختلف في وجوب السجدة فقيل يسجد لانه اخر واجبا
بقعودها لاشتغاله بالقيام وقيل لا يسجد وهو الاصح والا اي وان لم يكن الى
القعود اقرب بان رفع ركبتيه لا اي لا يعود لانه كالقائم معنى والقعدة الاولى واجبة
والقيام الى الثالثة فرض فلا يجوز رفض الفرض لاجل الواجب وقيل يعود الى ما
لم يستتم قائما وهو الاصح كذا في الزيلعي ويسجد للسهو لانه ترك الواجب انتهى
وان سها عن الاخير عاد ما لم يسجد لان اصلاح الصلاة به ممكن وكل ما كان كذلك وجب احرازا
وانما قلنا ممكن لان ما دون الركعة بمحل الرفض لكونه ليس بصلاة ولهذا لو حلف
لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة وسجد للسهو لتاخيره فرضا ٥

مطلب مهم

واعترض

واعترض عليه بانه ينبغي ان لا يسجد فيما اذا كان اليه اقرب كما في السهو عن
القعود الاول او يسجد فيه ايضا والجواب ان القعود الاخير فرض فبتاخيره
يجب السجود اتفاقا بخلاف القعود الاول فانه واجب يجب السجود
بتركه وفي وجوب السجود بتاخيره اختلاف والاصح عدم وجوبه فافترقا
لا يقال ان في تاخير القعود الاول رجوع اليه تاخير القيام الى الثالثة
فتاخير القيام كتاخير القعود الاخير فينبغي ان يتحد حكمهما
لانا نقول نفس تاخير القيام الى الثالثة لم يقع سهوا بل لزم من
الرجوع الى القعود الاول لتلافي ترك الواجب ومثل هذا لا يوجب سجدة
السهو فظهر الفرق كما لا يخفى فان سجد بطل فرضه عندنا لانه استحكم
شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن
الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقية حتى يحنث في يمينه لا يصلي
وكل من استحكم شروعه في النافلة قبل كمال اركان المكتوبة
خرج عن الفرض لمنافاة بين الفرض والنفل وقد تحقق احد المنافيين فينبغي ان
الاخر ضرورة وقال الشافعي ان كان عامدا بطلت صلاته وان كان ساهيا لا
بناء على ان هذه الركعة عنده عبث اذ الترتيب في افعال الصلاة فرض عنده
واصابة لفظ السلام فرض ايضا والنفل شرع بعد الفراغ من الفرض فاذا قدمه
بطل وصار عبثا منافيا للصلاة ولانه روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
صلى الظهر خمسا ولم ينقل انه قعد في الرابعة ولانه اعاد صلاته برفعه عند محمد
وهو المختار للفتوى لان تمام كل شيء باخره واخر السجدة الرفع اذ الشيء انما
ينتهي بضده ولهذا لو سجد قبل امامه فادركه امامه فيه جاز ولو تمت السجدة
بوضع الرأس لما جاز لان كل ركن اداه قبل الامام لا يعتد به
وبوضعه عند ابي يوسف لان السجود عبارة عن الانخفاض وهو قد حصل بمجرد الوضع
فمن شرط الرفع فقد زاد على النص بالرأي وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا وضع جبهته
فسبقه حدث فرفع رأسه للوضوء فتوضأ ثم تذكر انه لم يقعد في الرابعة هل يعود الى
القعدة ويبني على صلاته قال ابو يوسف لا يعود لان فرضه فسد لانه تحقق
الانتقال عن الفرض الى النفل بمجرد الوضع وقال محمد يقعد ويتم فرضه لان تمام
السجدة بالانتقال والانتقال حصل بالحدث فلم يصح وبدون الانتقال
لا يصح السجدة فصار كانه لم يسجد اصلا فيعود الى القعود قد حكي
ذكر قول محمد بين ابي يوسف فقال زه صلاة فسدت يصلحها الحدث
وذكر في الفوائد الظهيرية وهذه المسئلة تسمى مسئلة زه بزاء معجمة مكسورة
وهي كلمة استعجاب الا انها ههنا استعجاب بطريق التهكم
وانما قال ابو يوسف هذا من محمد وهو انه روي ان محمدا لم يسجد عليه
قد رايت في الرواية وبالت فيه الكلاب فقال هذا او سجد
ابو يوسف لان مثل هذا يبقى الى قيام الساعة عنده لكون الوقف محرزا عنده وعند محمد
يعود الى ملك الواقف في حياته والى ورثته بعد وفاته كذا في النهاية
وصارت نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان بطلان الوصف يوجب بطلان
الاصل عنده لا عندهما على ما مر فيضم سادسة ان شاء ليصير متنفلا بست
ركعات اذ النفل شرع شفعا لا وترا ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون غير مضمون
لانه قام على ظن انها ثالثة وشروع المظنون ليس بلازم عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر
وضم السادسة ندب عندهما وعند محمد لما بطل اصل الصلاة لا يضم ركعة اخرى اصلا
وهل يجب عليه سجدة السهو في هذه الصورة اختلفوا فيه والاصح انه لا يسجد لان النقصان بالفساد

ثم ان كل ما ذكرنا في الظهر والعشاء (العصر) لان غاية ما في الباب ان يصير متنفلا
بست ركعات بما قبلها وفي صلاة الفجر لا يضم رابعة ليكون اكل نفلا لان التنفل
بعد طلوع الفجر باكثر من سنة الفجر مكروه وفي الثلاث الصائر اربعا كالمغرب (والوتر)
لا يحتاج الى الضم اذ الركعات الثلاث بضم الرابعة اليها سهوا تحولت الى النفل
فحصلت الصلاة التامة فلا يحتاج الى ضم اخرى اليها كذا في الدرر •
قال صاحب النهاية وفي صلاة الفجر يقطع سواء قعد على راس الثانية او لم يقعد
لان التنفل قبل الفجر وبعده مكروه سوى ركعتيه يقول الفقير فيه بحث
وهو انه اذا قطع في صلاة الفجر ولم يضم اليه ركعة هل يكون نفلا عندهما كما في غيره
او يبطل اصلا ان قيل يبطل اصلا يكون مخالفا لاصلهما وان قيل يكون نفلا
يلزم التنفل بعد الصبح بثلاث ركعات وهو لا يجوز تامل في جوابه • حسن
وان قعد في الركعة الرابعة ثم قام عاد وسلم ما لم يسجد ليخرج عن الفرض بالسلام
لانه واجب ولا يسلم قائما لانه غير مشروع في الصلاة المطلقة فهو امكنه
بالاقامة على وجهه بالعود الى القعدة لان ما دون الركعة ليس بصلاة فيقبل
الرفض ويسجد للسهو لانه اخر الواجب وهو لفظ السلام كذا في تحفة الملوك
وان سجد ثم فرضه ولم يعد الى القعدة ولم يسلم لان الركعة الكاملة صلاة
فلم تقبل الرفض فاستحكم خروجه عن الفرض ويسجد للسهو بعد ما ضم سادسة
ليتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون يقول الفقير
لكن كما ينبغي على المصلي ان يأتي بقوله ويسجد للسهو بعد قوله
ويضم سادسة بل بعد قوله والركعتان نفل ويضم سادسة ليصير شفعا
اذ الركعة الواحدة غير مشروعة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن البتيراء
والركعتان نفل قيل اذا صلى في الفجر والعصر بعد القعدة الاخيرة •
ركعة زائدة ساهيا لا يضم اليها اخرى لكراهة التنفل بعدهما والاصح
ان يضم اليها لان المنهي عنه هو النفل المشروع قصدا وهذا غير مشروع
بالقصد كذا في الزيلعي يقول الفقير ومن هنا يخرج احوال البحث
الذي اوردناه انفا لكن هنا في صورة القعود على الرابعة وذلك في
عدم القعود عليها قال صاحب العناية والنهاية ولم يذكر محمد في الجامع
الصغير ان ضم السادسة في هذه الصورة بالتخيير او الاستحباب او الايجاب
وفي الاصل ما يدل على الايجاب فانه قال فعليه ان يضيف سادسة
وكلمة على للايجاب لكن قال صدر الشريعة وصاحب الدرر
ولم يقل هنا ان شاء كما قال في الاولى مع انه لو قطع لا قضاء في
الصورتين لان ضم السادسة ههنا اكد من ضمها هنالك لان
فرضه قد تم ههنا لكن بتاخير السلام يجب سجود السهو فهو لتدارك
نقصان الفرض واجب • فلو قطع هاتين الركعتين بلا سجدتي السهو
لزم ترك الواجب ولو جلس من القيام وسجد للسهو لم يؤد سجود السهو
على الوجه المسنون حيث لم يكن بعد السلام او يكون بعده في الخامسة
بلا تشهد او معه فيها وكلها غير مشروع فلا بد ان يضم سادسة
ويجلس على الركعتين فيسجد للاولى للسهو بخلاف
المسئلة الاولى فان الفرضية ثمة لم تبق ليحتاج الى تدارك نقصانها
انتهى يقول الفقير كلامهما مخالف لما في الاصل من كلمة على الدالة على
كون الضم اكد لا للايجاب ولا عهدة لو قطع يعني لو قطع الخامسة بان
لم يضف اليها سادسة لم يلزمه شيء لانه مظنون كما في الاولى •

يقول الفقير

يقول الفقير هكذا قال صاحب الهداية فيكون كلمة على في الاصل للتاكيد على
كون الضم اكد من ضمها في الاولى لا للايجاب لكن ما نقلناه من العناية
والنهاية صريح في ان كلمة على في الاول للايجاب • فتدبر •
ولا تنوبان عن سنة الظهر لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليها بتحريمة
مبتدأة ولان السنة لا تتادى بما هو مظنون وقيل تنوبان عن سنة الظهر
والاصح انهما لا تنوبان ومن اقتدى به فيهما اي في الركعتين الزائدتين
في الصورتين صلاهما نفلا لانه اقتدى به في النفل بعد خروجه من الفرض
خروجا مستحكما فلا يلزمه غير هذا الشفع ولو افسد قضاهما
لانه شرع قصدا بخلاف الامام فان سقوط القضاء عنه لعارض يخصه وهو شروعه
في النفل لا قصد التطوع وما خص به لا يتعدى الى غيره وعند محمد يصلي
ستا لانه المؤدى بالتحريمة الاولى وهذا الخلاف بناء على ان احرام الفرض انقطع
عند ابي يوسف كما انتقل الى النفل اذ لا يتصور في كونه احرامين
والانتقال الى النفل ثبت اجماعا فينقطع احرام الفرض ضرورة وعند محمد
احرام الظهر باق اذ احرام الفرض اشتمل على اصل الصلاة ووصف الفرضية
والانتقال الى النفل اوجب انقطاع الوصف دون الاصل ولهذا
لو قام الى الخامسة ساهيا شارعا في النفل بلا تكبيرة الافتتاح ولو كان
من ضرورة الانتقال الى النفل انقطاع الاحرام لاحتيج الى التكبيرة الافتتاح
اذ الاحرام الجديد لا ينعقد الا بتكبيرة الافتتاح فظنناه ان الاحرام الاول
باق فان النفل مؤدى بذلك الاحرام ولا قضاء على المفسد لو افسد
كما ان الامام لا يقضي فان حال المأموم لا يكون اقوى حالا من الامام والا
لزم زيادة الفرع على الاصل ولو سجد في شفع التطوع لا يبني عليه
اي من صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي
اخريين لا يبني لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلاة ولو بنى صح
لبقاء التحريمة ولكن اعاد السجود لان ما اتى به من السجود وقع في
خلال الصلاة فبطل وسلام من عليه السهو يخرجه من الصلاة موقوفا عندهما
لا محللا في نفسه وانما لا يحلل للحاجة الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة
الى اعتبار عدم العود ان سجد عاد اليها اي الى الصلاة والا اي وان لم
يسجد لا اي لا يعود اليها فيصح اقتداء من اقتدى به بعد سلامه
الاول قبل سجود السهو لانه يكون مقتديا به في الصلاة ولو لم يسجد بل رفع
الصلاة لم يصح الاقتداء ويصير فرضه اربعا بنية الاقامة بعد السلام قبل
سجود السهو لان نية الاقامة كانت في خلال الصلاة ولو لم يسجد
بل رفضها لم يصر اربعا لان نية الاقامة وجدت بعد الصلاة ويبطل وضوءه
بقهقهة اذ القهقهة وجدت في خلال الصلاة ولم يسجد بل رفض لم يبطل
وضوءه ان سجد والا فلا قيد للجميع من قوله فيصح اقتداء من اقتدى به
الى هنا وعند محمد لا يخرجه سلام من عليه السهو من الصلاة •
لا باتا ولا موقوفا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد من ان يكون
في احرام الصلاة تحصيلا للغرض المط فتثبت الاحكام المذكورة
من صحة الاقتداء وصيرورة فرضه اربعا وبطلان الوضوء بقهقهة سجد او لا وكذا قال زفر

ولو سلم من عليه السهو بنية ان لا يسجد بطلت نيته وله ان يسجد لان نيته
تغير المشروع فيلغوا كما لو نوى الظهر ستا بل عليه ان يسجد لبقاء التحريمة
قالوا ان سلم بنية ان لا يسجد فله ان يسجد ما لم يتكلم او لم يستدبر القبلة
او لم يفعل منافيا في الصلاة ، وان شك في صلاته كم صلى ان كان ذلك
اول ما عرض له اختلفوا في معناه قال صاحب الاجناس معناه اول ما سهى
في عمره وقال شمس الائمة السرخسي معناه ان السهو ليس بعادة له
لا انه لم يسه قط وقال فخر الاسلام انه في هذه الصلاة استقبل والا
اي وان لم يكن اول ما عرض له بل يعرض كثيرا تحرى وعمل بغلبة ظنه
لانه اذا كثر كما في الاستئناف حرج فان لم يكن له ظن بنى على الاقل
وفي ذلك لانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك اخبار مختلفة روي عنه عم
انه قال اذا شك احدكم في صلوته كم صلى فليستقبل الصلوة
وروي عنه عليه السلام ايضا انه قال من شك في صلوته فليتحر الصواب
وروي عنه عليه السلام انه قال من شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام
اربعا بنى على الاقل ، ومعلوم ان التوفيق لا يمكن بينها الا اذا امكن
وقد امكن بحمل كل واحد منها على صورة من الصور المذكورة
في المتن فحمل الحديث الاول على الصورة الاولى لان فيه الامر بالاستقبال
وذلك يناسب الصورة الاولى لعدم التكرار المفضي الى الحرج بتكرار الاستقبال
وحمل الثاني على الصورة الثانية لان فيه الامر بالتحري الذي هو طلب الاحرى
والاحرى هو ما يكون اكثر رأيه عليه ، وتعين الثالث للثالثة بنفي
الشك والامر بالبناء على الاقل وقعد في كل موضع احتمل انه
موضع القعود كيلا يصير تاركا لفرض القعود مثلا اذا شك
في صلاة الفجر انه صلى ركعة او ركعتين بنى على ركعة ويقعد قدر التشهد
لاحتمال انه صلى ركعتين ويضم اليها اخرى لاحتمال انه صلى ركعة
واذا شك في ذات الاربع انها الاولى او الثانية ولم يقع تحريه على شيء
يجعلها الاولى ويقعد ثم يقوم فيصلي ركعة اخرى ويقعد ثم يقوم
فيصلي ركعة اخرى كذا في الخلاصة ه
توهم مصلي الظهر انه اتمها فسلم ثم علم انه صلى ركعتين وهو على مكانه
اتمها وسجد للسهو لان سلامه كان سهوا فلم يخرج من صلاته ه
روي انه عليه السلام فعل كذلك بخلاف ما لو ظن انه مسافر او انه يصلي الجمعة
فسلم على راس ركعتين فانه يفسد صلاته لانه عالم بالقعود الذي
اتى فسلامه سلام عمد فيقطع صلاته كذا في الكافي ، ان
شك في الوتر انها ثانية او ثالثة يتم تلك الركعة ويقنت فيها لجواز انها الثالثة
ويقعد ثم يقوم فيصلي ركعة اخرى ويقنت ايضا هو المختار ه
وان شك انه صلى الصلاة ام لا فان كان ذلك في الوقت فالظاهر انه لم يصلها
وان كان بعده فالظاهر انه اداها وكذا اذا شك انه ركع في صلاته ام لا فان كان
في الصلاة يأتي به وان كان بعد خروجه منها فالظاهر انه اتى به ه

باب صلاة المريض

ذكر

ذكر صلاة المريض عقيب سجود السهو لان كلا من العوارض السماوية الا ان السهو
اكثر وقوعا لانه يعرض كثيرا واعم موقعا لانه يكون في صلاة المريض والصحيح فقدمه لشدة
مساس الحاجة الى بيانه عجز عن القيام حقيقة بحيث لو قام لسقط او يخاف
زيادة المرض او يخاف بطء البرء بسببه اي بسبب القيام صلى قاعدا يركع ويسجد
كيف شاء من التربيع وغيره لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن الحصين رضي الله عنه
صل قائما فان لم تستطع فقاعدا وان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة
بحسب الطاقة قال الله تعالى لا يكلف الله نفسا الا وسعها ثم ان العجز
عن القيام اذا لم يوجد ولم يخف زيادة المرض ولا بطء البرء لكن لحقه نوع
مشقة بالقيام لا يجوز تركه وان قدر على بعضه كما قال اعني التكبير قائما القيام
قال ابو جعفر الهندواني وبعض الزادة يقوم بقدر ما يقدر فاذا عجز قعد وان
لم يفعل خفت ان تفسد صلاته هذا هو المذهب ولا يروى عن اصحابنا خلافه
لان الطاعة بحسب الطاقة كذا في العناية وان تعذر الركوع والسجود اومى برأسه
قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض لان الايماء قام مقام الركوع والسجود فله
حكمهما وحقيقة السجود اخفض من الركوع فكذا ما قام مقامه ولا يرفع الى وجهه
شيئا للسجود لقوله صلى الله عليه وسلم ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد
والا فاوم برأسك فان فعل ذلك وهو يخفض رأسه صح ايماؤه لوجود الايماء والا فلا يصح
لعدم الايماء ، وان تعذر القعود اومى مستلقيا على ظهره ورجلاه الى القبلة
ويجعل وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ليتمكن من الايماء بالركوع والسجود
اذ حقيقة الاستلقاء تمنع الاصحاء الايماء فكيف بالمرضى او مضطجعا ووجهه
اليها اي الى القبلة والاول اولى خلافا للشافعي لما روي من حديث عمران ولنا ما روي
عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان
لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء وحديث عمران رض محمول على انه كان لا يقدر
على ان يستلقي على قفاه اذ كان به باسور ولان الواجب استقبال القبلة في
الصلاة وانما المستلقي على قفاه كان لاستقبال اكثر والجانب منه الى
القبلة ولشارته تقع على هواء الكعبة واذا اضطجع على جنبه وقعت اشارته
الى جانب رجليه وذا ليس بقبلة وما به من المرض يحتمل شرف الزوال فاذا كان
مستلقيا ان قدر على القعود فقعد كذلك كان وجهه الى القبلة وان قدر
على القيام فقام كذلك كان وجهه الى القبلة وغيره يحتاج الى ان يتحرف
وان تعذر الايماء برأسه اخرت الصلوة لقوله عليه السلام في اخر حديث ابن عمر رض
فان لم تستطع فالله احق بقبول العذر منه واختلف في معناه فمن لم يقل بسقوط
القضاء منه عند عدم القدرة على الايماء قال احق بقبول عذره التاخير دون الاسقاط
وفي قوله اخرت اشارة اليه ومن قال بسقوطه عند ذلك قال احق بقبول عذره الاسقاط
وهو الاصح كذا في الغاية قال صاحب الهداية وقوله اخرت اشارة الى انه لا
يسقط الصلوة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح
لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه وقال شيخ الاسلام وفخر الاسلام و
غيرهما ثم الصحيح انه يسقط عنه الصلاة وفي فتاوى قاضيخان والاول اصح اي
عدم وجوب القضاء لان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب ذكر محمد
في النوادر من قطعت يداه الى المرفقين ورجلاه الى الكعبين وقدماه من
الساقين لا صلاة عليه فثبت ان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب
قال صاحب الاختيار فان مات على تلك الحال فلا شيء عليه وان برأ فالصحيح
انه يلزمه قضاء يوم وليلة لا غير نفيا للحرج كما في الجنون والاغماء ،

ولا يومي بعينيه ولا بحاجبيه ولا بقلبه لانه صلى الله عليه وسلم قال
ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك اقتصر على الرأس
في موضع البيان ولو جاز غيره لبينه ولا قياس على الرأس لانه يتأدى به ركن الصلاة
دون العين واختيها وان قدر على القيام وعجز عن الركوع والسجود يومي قاعدا
يعني لم يلزم القيام ويصلي قاعدا يومي لان ركنية القيام للتوسل الى السجدة
لما فيها من غاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير
وهو الايماء قاعدا افضل من الايماء قائما لانه اشبه بالسجود فان عند الايماء
قاعدا يصير رأسه اقرب الى الارض من الايماء قائما وقال زفر والشافعي لم يسقط
عند القيام لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن اداء ركن اخر
ولو مرض في اثناء الصلاة بنى على ما قدر اي يتمها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر
او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كاقتداء المومي بصحيح
وهنا لانه بنى آخر الصلاة على اول الصلاة كبناء صلاة المقتدي على صلاة الامام
ولا يجوز اقتداء المومي بالصحيح فكذا هنا ولو افتتحها قاعدا يركع ويسجد
فقدر على القيام بنى قائما لان البناء كالاقتداء والقائم يقتدي بالقاعد فكذا
المنفرد بنى آخر صلاته على اوله وقال محمد يستأنف بناء على ان عنده لا يقتدي القائم
بالقاعد فكذا لا يبني وان افتتحها بايماء فقدر على الركوع والسجود استأنف
لانه لم يجز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء وقال زفر يبني لانه يجوز عنده اقتداء الراكع بالمومي
فكذا البناء وللمتطوع القائم ان يتكئ على شيء ان اعيى لانه عذر
قالوا الاتكاء بعذر غير مكروه اجماعا وبغير عذر مكروه عند ابي حنيفة وعندهما يكره
لابي حنيفة ان الاتكاء ببعض القيام ولو ترك كله بلا عذر جاز فلا يكره تبعيضه
وعندهما ترك كل القيام بعد ما شرع قائما لم يجز فيكره تبعيضه
ولو صلى في فلك جار قاعدا بلا عذر صح لان الغالب العجز ودوران الرأس والغالب
كالكائن لانه تيقن والافضل خلافه قالا لان القيام ركن فلا يترك الا بعذر
وفي المربوط لا يصح الا قائما بالاجماع الا ان يدور رأسه فيجوز ويلزمه التوجه
الى القبلة عند افتتاح الصلاة وفي الصلاة لانه يمكنه الاستقبال من غير مشقة
ولا يقتدي اهل سفينة بامام في سفينة اخرى لاختلاف المكان الا ان تقترنا فيجوز لاتحاد
المكان حكما بخلاف ما اذا كان على دابتين ومن اغمي عليه او جن يوما وليلة قضى الخمس
وقال الشافعي لا يقضي اذا اغمي عليه وقت صلاة كامل لانه عجز مانع عن فهم الخطاب فيأبى
اذا استوعب وقت صلاة ولنا ما روي ان عليا اغمي عليه في اربع صلوات فقضاهن
وعبد الله بن عمر اغمي عليه في ثلاثة ايام فلم يقض شيئا وكذا الجنون ان كان اكثر من يوم وليلة
سقط القضاء والا فلا كذا ذكره ابو سليمان وفيه خلاف في نوادر الصلاة كذا في العناية
والفقه فيه ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج واذا قصرت قلت الفوائت فلا حرج
والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار وان زاد ساعة لا يقضي
وعند محمد لا يقضي ما لم يدخل وقت سادسة قال ابو جعفر الزيادة تعتبر
عند ابي يوسف بالساعات وهو رواية عن ابي حنيفة وعند محمد من حيث الصلوات
شيئا لا تسقط عنه القضاء وان كان من حيث الساعات اكثر من
يوم وليلة وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا اغمي عليه عند الضحوة
ثم افاق من الغد قبل الزوال بساعة فهذا اكثر من يوم وليلة من حيث
الساعات فلا قضاء عليه في قول ابي يوسف وعلى قول محمد يجب عليه القضاء
لان الصلوات لم تزد على خمس

باب سجود التلاوة

باب سجود التلاوة

كان من حق هذا الباب ان يقترن بسجود السهو لان كلا منهما سجدة لكن لما كانت صلاة المريض
لعارض سماوي كالسهو الحق باب صلاة المريض بباب سجود السهو ثم ذكر سجود التلاوة
ثم هذه الاضافة من قبيل اضافة الحكم الى السبب كما في سجود السهو فان قيل كان الواجب
ان يقول سجدة التلاوة والسماع لان السماع سبب كالتلاوة اجيب بان التلاوة لما
كان سببا للسماع ايضا كان ذكرها مشتملا على السماع من وجه فاكتفي به وشرطها الطهارة
عن الحدث والخبث واستقبال القبلة وستر العورة وركنها وضع الجبهة على الارض
وصفتها الوجوب وعن هذا قال يجب متوسعا عند ابي يوسف وفي رواية عن الامام
وفورا عند محمد وفي رواية عن الامام وقال الشافعي يسن لقول عمر رضي الله عنه انها لم تكتب علينا
ولما روي انه صلى الله عليه وسلم قرأها ولم يسجدها ولنا قوله عليه السلام السجدة على
من سمعها او تلاها وكلمة على للوجوب ولان آيات السجدة بعضها امر بالسجود وبعضها
ذم على الترك وبعضها خبر عن فعل الانبياء عليهم السلام والاقتداء بهم واجب وقول عمر رضي الله عنه
لم تكتب علينا اي لم تفرض بل هي واجبة وما روي انه عليه السلام لم يسجد محمول على انه
لم يسجد في وقت قراءته وهو جائز وروى ابو هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام قال
اذا تلا ابن آدم آية السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكي ويقول امر ابن آدم بالسجود
فسجد فله الجنة وامرت بالسجود فلم اسجد فلي النار على من تلا آية سجدة من اربع عشرة
في الاعراف والرعد والنحل والاسراء ومريم والحج الاولى منه والفرقان والنمل والم
تنزيل وص وحم فصلت والنجم والانشقاق والعلق هكذا كتب في مصحف عثمان
وهو المعتمد والشافعي وافقنا في العدد الا انه يقول في الحج سجدتان وليس في ص سجدة
وموضع السجدة في حم السجدة قوله تعالى ان كنتم اياه تعبدون احتج الشافعي على ان في الحج
بحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فضلت الحج بسجدتين
ومذهبنا مروي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم فانهما قالا سجدة التلاوة في الحج هي الاولى والثانية
سجدة الصلاة ويعضده قرانها بالركوع كما قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا
والسجدة المقرونة بالركوع هي سجدة الصلاة وتأويل ما روي فضلت الحج بسجدتين احداهما
والثانية سجدة الصلاة على انه ليس في ص سجدة تلاوة بل سجدة صلى الله عليه وسلم وعند
وعندنا في الحج سجدة واحدة واستدل الشافعي على انه ليس في ص سجدة تلاوة بل سجدة شكر
بما روي انه صلى الله عليه وسلم تلا في خطبته سورة ص فتهيأ الناس للسجود فقال عليه السلام
على م تهيأتم انها توبة نبي وقال عليه السلام سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا قلنا هذا
لا ينفي كونها سجدة تلاوة اذ ما من عبادة يأتي بها العبد الا وفيها معنى الشكر وقد روي انه عليه السلام
نزل فسجد فدل على انها سجدة تلاوة حيث قطع الخطبة لها ولئن سلم انه لم يسجد في خطبة فذلك كان تعليما
وقد روي ان رجلا من الصحابة قال يا رسول الله رأيت فيما يرى النائم كأني اكتب سورة ص فلما انتهيت
الى موضع السجدة سجدت الدواة والقلم فقال عليه الصلاة والسلام نحن احق بها من الدواة
فامر حتى تليت في مسجد فسجدها مع اصحابه كذا في النهاية يقول الفقير
ما روى الشافعي من قوله حين تهيأ الناس للسجدة على م تهيأتم انها توبة نبي صريح في نفي
[illegible] صاحب النهاية لا يدفعه فتدبر وموضع السجدة
عند قوله وهم لا يسأمون وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي عند قوله
ان كنتم اياه تعبدون وهو مذهب علي كرم الله وجهه لان الامر بالسجدة فيها والاحتياط
لانها ان كانت عند الآية الثانية لم يجز تعجيلها فلو سجد عند تعبدون لا يخرج عن العهدة بيقين
وان كانت عند الاولى وقد جاز تأخيرها فلو سجد عند قوله لا يسأمون يخرج عن العهدة بيقين
ولان فيما قبل السجدة صنعها فانها شرعت [illegible] تارة بذكر استكبار الكفرة
وذكر خشوع المطيعين ففي الآية الاولى [illegible] وفي الثانية ذكر استكبار الكفرة وخشوع الملائكة

ويجب على من سمع ولو غير قاصد فهم او لم يفهم لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها
السجدة على من تلاها وكلمة على للايجاب وهي غير مقيدة بالقصد واعترض بانها لو كانت واجبة
لما اديت في سجدة الصلاة وركوعها ولما تداخلت ولما اديت بالايماء من راكب يقدر
على النزول واجيب بان اداءها في ضمن شيء لا ينافي وجوبها في نفسها كالسعي الى الجمعة
يتادى بالسعي الى التجارة وانما جاز التداخل لان المقصود منها اظهار الخضوع والخشوع
وذلك يحصل بمرة واحدة وجواز ادائها بالايماء حين قراها راكبا على الدابة لانه اداها كما وجب
فان تلاوته على الدابة شروع فيما يجب به السجدة فكان نظير من شرع على الدابة بالتطوع فانه يؤديه
فكما يجوز هناك وعلى المؤتم بتلاوة امامه لانه التزم متابعة امامه بالاقتداء
فلو لم يسجد لادى الى المخالفة المنهي عنها فيجب السجود عليه وان لم يسمع ولا يجب
بتلاوة المؤتم اصلا اي لا في الصلاة ولا بعدها لا على المؤتم ولا على الامام
عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع
منها خارج الصلاة وكل ما تقرر سببه وانتفى مانعه يتحقق لا محالة بخلاف حالة الصلاة
فان المانع موجود لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة ان سجدها التالي ولا يتابعه
الامام لانقلاب المتبوع تابعا والتابع متبوعا او الى خلاف موضوع التلاوة ان سجد
الامام اولا وتابعه التالي لان التالي امام السامع يجب ان يتقدم سجود التالي
قال عليه السلام للتالي كنت امامنا لو سجدت سجدنا ولهما ان المقتدي
محجور عن القراءة لان الحجر هو المنع من التصرف على وجه يظهر نفاذ ذلك التصرف عليه
من جهة غيره والمقتدي بهذه الصفة لانه ممنوع عن القراءة والقراءة تنفذ عليه من جهة غيره اما
قال عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وكل من هو محجور
لا حكم لتصرفه ووجوب السجدة حكم تصرفه الذي هو القراءة فلا يثبت
الا على سامع ليس معه في الصلاة فيسجد بالاتفاق وقال بعضهم انه على الاختلاف المزبور
لا يسجد عندهما ويسجد عند محمد والصحيح كونه بالاتفاق لان الحجر يثبت في حق المقتدي
لان علة الحجر هو الاقتداء وهو مختص بهم فلا يتعداهم واعترض بان المقتدي اما ان يكون محجورا
اولا والاول يقتضي شمول العدم والثاني شمول الوجود واجيب بانه محجور بالنسبة الى من
في حقه علة الحجر وغير محجور بالنسبة الى من لم يوجد وعن الخارج ولو سمعها المصلي
ممن ليس معه لا يسجد في الصلاة لانها ليست بصلاتية لان سماعه هذه السجدة
ليس من افعال الصلاة لان افعال الصلاة اما ان يكون فرضا او واجبا او
سنة وهذا السماع ليس بشيء من ذلك وما ليس من افعال الصلاة لا يجوز ان
يؤدى به فيها ويسجد بعدها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس بمحجور
فان سجد فيها لا يجزيه ولا تبطل الصلاة في ظاهر الرواية اما عدم الجواز فلان السجدة
ناقص لمكان النهي وهو منع الشرع ادخال ما ليس من افعال الصلاة فيها فلا يتادى
الكامل وهي السجدة الواجبة بالسماع ممن ليس بمحجور فانه وجب كاملا فلا يتادى
ناقصا واما عدم بطلان الصلاة فلان السجدة من افعال الصلاة في ذاتها فلا يكون مفسدة
ولو سمعها من امام فاقتدى به قبل ان يسجد سجد معه ولو لم يسمعها سجد معه
فههنا اولى وان اقتدى بعدما سجد فان في تلك الركعة لا يسجد اصلا
اي لا في الصلاة ولا خارجها لانه صار مدركا لها بادراك تلك الركعة
وان في غيرها سجدها خارج الصلاة لوجود السبب وعدم الاداء
كما لو لم يقتد فانه يقضيها خارجا لانها صلاتية وطهارة الصلاة فلو تؤدى
بالناقص فتسقط بعرض القبض والمراد من الصلاتية ان يكون التلاوة
من افعال الصلاة فقراءة من هو خارج الصلاة لا يكون من افعال الصلاة
فانظر ما اوردنا على كلية المسئلة . تدبر

ولا تقضى الصلاتية خارجها

ثم انه

ثم انه قيل ان لفظ الصلاتية منسوبا للتاء بين خلاف القياس لان في حق المنسوب ان يحذف منه
تاء نفس الكلمة كما يقال اية مكية وامراة بصرية دون مكتية وبصرتية واجيب بانه
خطاب متعارف هو عند الفقهاء خير من صواب نادر ثم اعلم ان من تلا اية سجدة في الصلاة ها
فان كان في وسط القراءة فالافضل ان يركع او يسجد في الحال غير ركوع الصلاة وغير سجود
التلاوة ثم يقوم ويقرأ ويتم صلاته واما ان قرأ بعدها آيتين او ثلاث آيات ثم ركع وسجد
للصلاة جاز وسقطت سجدة التلاوة عنه لان بهذا القدر لا ينقطع الفور وقال
مشايخ بلخ لا تسقط عنه الا اذا نواها في ركوعه او سجوده الصلاتي وقال عامة المشايخ
لا يحتاج الى النية وتصير سجدة التلاوة مؤداة بالصلاتية لانها اقوى فتستتبع
الادنى الا اذا انقطع الفور بان قرا بعدها اربع آيات فما فوقها فيحتاج الى النية بالاتفاق
كذا في الخزانة . تلاها ثم دخل في الصلاة واعادها ولم يتبدل مجلس الصلاة
عن مجلس التلاوة فسجد كفته عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلاتية
فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ من الصلاة لان الصلاتية
وان كانت اقوى فللاولى قوة السبق فاستويا فلا يكون احدهما اولى بالاستتباع
قلنا الثانية بعد التساوي تقوى باتصال المقصود اي اتصال التلاوة بما هو المقصود وهو
السجود فترجحت بها وعورض بان الحاق الاولى بالثانية خلاف موضوع التداخل
لان السابق قد مضى واضمحل فكيف يكون ملحقا باللاحق واجيب بان السابق
قد يكون تبعا اذا كان اللاحق اقوى كالسنة قبل الفريضة وان سجد للاولى
ثم شرع في الصلاة واعادها سجد اخرى لان الثانية هي المستتبعة لما قلنا انها
بكونها صلاتية اقوى ولا وجه لالحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب
ولو كرر آية واحدة في مجلس واحد كفته سجدة واحدة لما روي انه عليه السلام
كان يسجد واحدة بتكرارها واحدة في مجلس واحد ولان الاحتياج الى
تكرارها للحفظ او التعليم غالب فاقتصرت السجدة دفعا للحرج ولا تكفيه اذا
اختلفت الاية او المجلس وان بدلها اي ان السجدة او المجلس لا تكفيه سجدة واحدة
والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وذلك ان المكلف محتاج الى تكرار
القران وتعلمه وفي ذلك يحتاج الى التكرار غالبا فالتزام التكرار في السجدة مفض الى الحرج
لا محالة وهو مدفوع وقد صح ان جبريل عليه السلام كان ينزل باية السجدة على رسول الله
صلى الله عليه وسلم ويكرر عليه مرارا فيسجد لها مرة واحدة فعلمنا بجواز التداخل دفعا للحرج
ثم التداخل اما ان يكون في السبب او في الحكم والاليق بالعبادات الاول وبالعقوبات
الثاني وذلك لان التداخل اذا كان في الحكم دون السبب كانت الاسباب باقية على تعددها
فيلزم وجود السبب الموجب للعبادة بدون نفسها وفي ذلك ترك الاحتياط فيما يجب فيه
الاحتياط فقلنا بتداخل الاسباب في العبادات اذا وجد دليل الجمع وهو اتحاد المجلس
لان السجدة عبادة وتركها مع وجود موجبها شنيع وقلنا بتداخل الحكم في العقوبات
لانها ليست مما يحتاط فيها بل في درءها واذا لم يوجد دليل الجمع فان لم يتحد المجلس عاد
الحكم الى عدم التداخل ويكون لكل سبب حكم وتسدية الثوب وهي ان يغرز الحائك
في الارض خشبات يسوي فيها سدى الثوب في مجيئه وذهابه فان مجلسه يتبدل
بالانتقال من مكان الى مكان والسدى بفتح السين المهملة بالفارسية تار
وبالتركي ارش والدياسة والانتقال من غصن الى غصن تبديل لوجود
الاختلاف حقيقة وعدم الجامع حكما بخلاف زوايا المسجد والبيت فانها
في حكم واحد بدليل صحة الاقتداء ولا يختلف بمجرد القيام لان صاحب المجلس يقوم
مرة ويقعد اخرى الا يرى ان المصلي يقوم ويقعد ولا يتبدل المكان
ولا يتبدل ايضا بخطوة او خطوتين ولا باكل لقمة او لقمتين وبشربة ماء

ولا يتبدل ايضا بالاتكاء والركوب والنزول مكررها على الدابة وهي تسير غير مصلي بتكرير السجدة لان سير الدابة يضاف الى راكبها حتى يجب عليه ضمان ما اتلفه اما قبل غير مصل لان حرمة الصلاة تجعل الامكنة كمكان واحد ولو كان مخالفا لا يصح صلاة ولا يتبدل ايضا لو كررها في فلك يجري وان لم يكن في الصلاة لان الفلك كالبيت وجريانها لا يضاف اليه ولو كرر المصلي في ركعة كفته سجدة قياسا واستحسانا لاتحاد المجلس ولو كرر في الركعتين فكذلك عند ابي يوسف ولو تبدل مجلس السامع تكرر الوجوب عليه وان اتحد مجلس التالي لان السبب في حقه السماع وان تبدل مجلس التالي واتحد مجلس السامع لا يتكرر الوجوب عليه وقال بعضهم يتكرر والاصح ان لا يتكرر لان السبب ايضا السماع قيل ولو سمعها من الطوطي او النائم قيل لا يجب وقيل يجب والاصح الاول ولو تلاها بالفارسية يلزم على السامع عند ابي ح سواء فهم معناها او لم يفهم اذا اخبر واحد ممن سمعها بانها آية السجدة ولو لم يخبر احد لا يلزم لئلا يكون تكليفا بما ليس في الوسع وعندهما ان فهم معناها يجب والا لا لان نظم الفارسية ليس بقرآن وانما فهم معناها يكون سامعا للقرآن من وجه وفي المحيط انها موجبة اتفاقا وكذا في ابن الملك وكيفيته اي كيفية سجود التلاوة ان يسجد بشرائط الصلاة من الوضوء وستر العورة وطهارة المكان وغيرها بين تكبيرتين من غير رفع يد يعني كبر ولم يرفع يديه ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلاة هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقوله من غير رفع يد احترازا عن مذهب الشافعي فان صفتها عنده ان يرفع يديه ناويا ثم يكبر للسجود ويخر ساجدا ثم يكبر لرفع الرأس ويسلم قبل بقراءة السجدة سجدتين ان كان وحده بنا المنقولة والاصح ان يقول فيها ما يقول في سجدة الصلاة وان لم يذكر شيئا لا يضر لانها ليست من سجدة الصلاة ولو لم يذكر فيها شيئا جاز فكذلك هنا ولا تشهد ولا سلام لان ذلك للتحليل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة فان قيل لا نسلم انها منعدمة لانه قال كبر والتكبير للتحريم بالنص اجيب بانه ليس كل تكبير للتحريم الا ترى الى تكبير السجود فانه ليس للتحريم لكن هذه السجدة لما اشبهت بسجدة الصلاة سن فيها التكبير للمشابهة ويكره ان يقرأ سورة ويدع آية السجدة لانه يوهم الاستنكاف عنها والفرار عن لزوم السجدة لا عكسه وهو ان يقرأ آية السجدة وحدها لانه مبادرة اليها ولكن ندب ان يضم اليها آية او آيتين قبلها دفعا لتوهم التفضيل يقول الفقير كان المناسب ان يزيد قوله او بعدها او يقول او يضم اليها آية او آيتين ويترك قوله قبلها فيكون اعم تدبر واستحسن اخفاؤها عن السامعين شفقة عليهم فانه ربما يكون السامع غير متوضئ هذا اذا وقع في قلبه انه يشق على السامع واما اذا علم ان السامع متهيئ للسجود او وقع في قلبه انه لا يشق عليه اداء السجدة فالمستحسن ان يقرأ جهرا ولو تهجى بآية السجدة لا تجب السجدة ولا تفسد بها الصلاة لانه من حروف القرآن ولكن لا تنوب عن القرآن كذا في شرح تحفة الملوك وكره قراءة امام يخافت اياها لانه يؤدي الى اشتباه الامر على القوم اذا سجدها في خلال الصلاة ويقضي لانها واجبة قال صاحب الكافي تلاها عند طلوع الشمس وسجد عند الزوال او الغروب او راكبا فنزل فركب وادى جاز خلافا لزفر لانه يخرج الوقت والنزول صار دينا في ذمته كاملا فلا يؤدي ناقصا ولنا ان الواجب لا يتقلب شيئا آخر فبقي ناقصا والناقص يؤدي ناقصا ولو تلى على الارض وسجد راكبا لا يجوز وعند الشافعي يجوز بناء على انه واجب عنده تأخيره خالفه انتهى

باب المسافر

باب المسافر

لما كان السفر من العوارض المكتسبة ناسب ان يذكر مع سجدة التلاوة لان التلاوة ايضا كذلك ويؤخر عنها لانها عبادة دونه والسفر في اللغة قطع المسافة وليس مرادا هنا بل المراد قطع خاص وهو ان يتغير به الاحكام وهذا لا يعتبر الا بالقصد والارادة فكذا في الرمز لانه لو طاف جميع العالم بلا قصد سير ثلاثة ايام لا يصير مسافرا ولو قصد ولم يظهر ذلك بالفعل فكذلك من جاوز بيوت مصره من جانب خروجه وان كان بحذائه بيوت اخر من جانب اخر مريدا سيرا وسطا ثلاثة ايام مع الاستراحات التي تكون في خلال ذلك لان المسافر لا يمكنه ان يمشي في بعض الاوقات ويستريح في بعضها ويأكل ويشرب وعند الشافعي مقدر بيومين وهو ستة عشر فرسخا وفي قول له بيوم وليلة وعند مالك باربعة برد كل بريد اثنى عشر ميلا قصر الفرض الرباعي وصار فرضه فيه ركعتين قيد بالفرض اذ لا قصر في السنن وبالرباعي ليخرج الفجر والمغرب وقال الشافعي فرضه اربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وروي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت فرضت الصلوة في الاصل ركعتين فزيدت في الحضر واقرت على اصلها في السفر وقال عمر رضي الله عنه صلوة السفر ركعتان وصلوة الجمعة ركعتان ولا يعلم ذلك الا توقيفا وروى ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فرض عليكم الصلوة على لسان نبيكم في الحضر اربعا وفي السفر ركعتين ومثله عن علي كرم الله وجهه قال الشعبي من اتم الصلاة في السفر فقد رغب عن ملة ابرهيم ثم اعلم انه لا بأس بترك السنن للمسافر لحديث عمر رضي الله عنه انه قال كنت انا وابو بكر وعثمان مع النبي صلى الله عليه وسلم في السفر فلم نصل سوى الفرض والاحوط ان لا يترك السنن الرواتب في حالة السعة ويتركها بالكلية وقت المشقة ولا يقصر لانه لم يرد القصر فيها وقيل النفل حال النزول والترك حال السير وقيل يصلي سنة الفجر خاصة وقيل سنة المغرب ايضا كذا في التحرير نقلا عن المحيط واعتبر في الوسط في السهل سير الابل ومشي الاقدام السهل بعضي الجبل فان سير الابل ومشي الاقدام الوسط المعتاد لان السير على الافراس سريع وعلى العجلة بطيء فاعتبرنا الوسط لان خير الامور اوساطها وفي البحر اعتدال الريح وفي الجبل ما يليق به فانه يعتبر ثلاثة ايام في السير وان كانت تلك المسافة في السهل يقطع بما نقصنا قالوا ولو كان لمقصد طريقان احدهما مسيرة ثلاثة ايام والاخر اقل منها فان سلك الطريق الابعد قصر وفي الاقرب لا يقصر كذا في شرح التحفة فلو اتم المسافر ان قعد في الثانية صحت واساء لان فرضه ثنتان والقعدة الاولى فرض عليه ولكنه اساء لتأخير السلام وشبهة عدم قبول صدقة الله تعالى فيصير الاوليان فرضا وما بعدهما نفلا وفي الزاهدي مسافر صلى الرباعية اربعا فقد خالف السنة وكان كمن صلى الفجر اربعا لان قصر الرباعية عندنا رخصة اسقاط حكمها انه يأثم العامل بالعزيمة والا اي وان لم يقعد في الثانية فلا تصح واي بطل الكل نفلا لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها لان القعدة الاخيرة ركن وقد تركها ولا يزال اي المسافر على حكم السفر حتى يدخل وطنه فاذا دخل وطنه يتم ولا يلزم نية الاقامة او ينوي مدة الاقامة ببلد آخر او قرية تقييده بها اشعار بان نية الاقامة لا تصح في المفاوز قال صاحب الكافي وصاحب الاصلاح وهذا اذا اتم من السفر ثم رجع واما اذا رجع قبله فيصح نية الاقامة ولو في المفازة يصير مقيما قال صاحب الاختيار في تعليل قوله ولا يزال على حكم السفر لان السفر اذا صح لا يتغير حكمه الا بالاقامة بالنية او بدخول وطنه لان الاقامة ترك السفر فاذا اتصل بالنية تم حيث لا يصير مسافرا بالنية لان السفر انشاء فعل فلا يصير فاعلا بالنية واما دخول وطنه فلان الاقامة للانشاء وانه يحصل بوطنه من غير نية وكذا انقل ان النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير نية

وهي مدة الاقامة خمسة عشر يوما او اكثر لان الاقامة معتبرة بها القدر اكثر ولو ترك كلما اختصر
وان نوى اقل من ذلك قصر عندنا وقال الشافعي في قول اذا نوى اقامة اربعة ايام صار مقيما وفي قول
آخر صار مقيما ان مكث اربعا وان لم ينو ولنا انه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث يعني المسافر
ربما يلبث في بعض المواضع لمصلحة كانتظار الرفقة والاستراحة وغيرهما فقدرناها بمدة الطهر لانهما
مدتان موجبتان فان مدة الطهر توجب اعادة ما سقط بالحيض والاقامة توجب تمام ما سقط بالسفر
فكما قدر ادنى مدة الطهر بخمسة عشر يوما فكذلك قدر ادنى مدة الاقامة بخمسة عشر يوما
ولهذا قدرنا ادنى مدة الحيض وادنى مدة السفر بثلاثة ايام لكونهما مسقطتين وهو المأثور
ثم روى مجاهد عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم انهما قالا اذا دخلت بلدة وانت مسافر
وفي عزمك ان تقيم بها خمسة عشر يوما فاكمل الصلاة وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصر
والاثر في مثله من المقدرات الشرعية كالخبر المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان العقل لا
يهتدي الى ذلك وحاشاهم عن الجزاف فكانوا فيه متبعا على انه روي جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم دخل مكة صبيحة اليوم الرابع من ذي الحجة الى منى يوم التروية وقد كان يقصر الصلاة
وقد اقام اكثر من اربعة ايام ولو نواها اي الاقامة بموضعين كمكة ومنى لا يصير مقيما
الا ان يبيت باحدهما لان الاقامة لو اعتبرت في موضعين لامكن اعتبارها في مواضع
يعني الى العشرة وخمسة عشر منافيا للحكم واعتبارها في مواضع ممتنع لان اقامة المسافر
بنزول وروحة وابتداء السفر لا يعرى عن ذلك المقدار فيكون كل مسافر مقيما ان نوى هو
الا اذا نوى ان يبيت باحدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضافة الى مبيته
الا ترى انك اذا قلت للسوقي اين تسكن يقول في محلة كذا وهو بالنهار يكون في السوق
وان دخل اولا الموضع الذي عزم الاقامة فيه بالنهار لم يصر مقيما اعلم ان هذا اذا كان كل من الموضعين
اصلا بنفسه وان كان احدهما تبعا للاخر بان كان قريبا من المصر بحيث يجب الجمعة على ساكنه
فانه يصير مقيما فيهما بدخول احدهما ايهما كان لانهما في الحكم كوطن واحد قال صاحب النهاية وكان
تفقه عيسى بن ابان هذه المسئلة فانه كان مشغولا بطلب الحديث قال دخلت مكة في اول العشر من ذي الحجة مع صاحب لي
وعزمت على الاقامة شهرا فجعلت اتم الصلاة فلقيني بعض اصحاب ابي حنيفة فقال اخطأت لانك
تخرج الى منى فالحاج لما خرج الى منى وعرفات كا بيت فيهما وبالبيتوتة فيهما لا يكون مقيما بمكة
لان الاعتبار للبيتوتة فلما رجعت من منى بدا لصاحبي ان يخرج منها وعزمت على ان اصاحبه فجعلت اقصر
فقال لي صاحب ابي حنيفة اخطأت لانك بمكة فانك تخرج منها لا تكون مسافرا فقلت اخطأت في مسئلة
في موضعين فلم ينفعني ما معي من الاخبار فدخلت مجلس محمد واشتغلت بالفقه وقصر ان نوى اقل منه
اي من خمسة عشر يوما وان طال مقامه او لم ينو وبقي سنين لان ابن عمر رضي الله عنهما اقام باذربيجان
ستة اشهر وكان يقصر وروي ان سعد بن وقاص رضي الله عنه اقام بقرية من قرى نيسابور شهرين وكان
وكذلك علقمة بن قيس اقام بخوارزم سنتين يقصر الصلاة وكذلك روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وعن انس رضي الله عنه
اقام اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسوس تسعة اشهر يقصرون الصلاة وفي المحيط لو وصل الحاج
الى الشام وعلم ان القافلة انما تخرج بعد خمسة عشر يوما وعزم ان يخرج معهم لا يقصر لانه نوى الاقامة
وكذا عسكر نواها بارض الحرب او حاصر مصرا فيها لان نيتهم لم تصادف محل الاقامة لان محلها
ما يكون محل قرار وليس الحرب وهنا دائرة بين الفرار والقرار فلم يكن دار اقامة ويعضده ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اقام بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة لانها كانت دار الحرب او حاصر اهل البغي
في دارنا في غير مصر لانهم ايضا بين قرار وفرار لان حالهم مبطل عزيمتهم يعني ان المحل وان كان
صالحا للنية لكن مانع آخر وهو انهم انما يقيمون لغرض فاذا حصل الغرض فلا يكون نيتهم القرار
قال صاحب العناية لا يحتاج ما ذكره الى ما علم من حكم اهل الحرب لانه نبه ما عسى يتوهم ان الاقامة في دار الحرب انما لم يصح
لانها منقطعة عن دار الاسلام فكانت كالمفازة بخلاف مدينة اهل البغي لانها في يد اهل الاسلام
وكان ينبغي ان يصح النية وقوله في غير مصر ليس بقيد حتى لو نزلوا مدينة اهل البغي وحاصروهم في الحصن
لم يصح نيتهم ايضا لان مدينتهم كالمفازة عند حصولهم يقيمون فيها انتهى ما في العناية

يقول الفقير فعلى هذا لو ترك المص قوله في غير مصر لكان اولى
قال المحشي الفاضل يعقوب باشا وقيد بغير المصر اتفاقي
وعند زفر يصح في الوجهين يعني في محاصرة اهل الحرب واهل البغي اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا
وعند ابي يوسف يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع الاقامة

ونية اهل الاخبية لو نووها في الاصح قال صاحب العناية وصاحب النهاية ونية الاقامة
فمنهم من يقول لا تصح ابدا ويكونون مقيمين ابدا لانهم ليسوا في موضع الاقامة والاصح انهم مقيمون
يروى عن محمد وابي يوسف هو المختار لان الاقامة اصل والسفر عارض يحصل عند الانتقال
وهم لا يقصدون ذلك وانما ينتقلون من مال الى مال ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين ابدا انتهى
وقال شارح التحفة يصح نية اقامتهم في المفاوز نصف شهر لانها في حقهم كالامصار
وعن ابي يوسف يصح لان اقامتهم للكلأ والماء فاذا لم يبقيا ينتقلون منه واما اذا ارتحلوا
وقصدوا الى موضع اقامتهم في الشتاء او بالعكس وبينهما مسيرة ثلاثة ايام يصيرون
وقال فخر الدين قاضيخان وكذا الرعاة اذا كانوا يطوفون في المفاوز بخيام واخبية يعني لم يصح نيتهم
كما لم يصح نية الغزاة اذا دخلوا دار الحرب للمحاربة ونووا الاقامة وعن ابي يوسف ان نزلوا
ونصبوا الخيام والاخبية والمعالف ونووا الاقامة خمسة وعشرين يوما وثمة ماء وكلأ يكفيهم
لتلك المدة صاروا مقيمين وكذا التراكمة والاعراب انتهى يقول الفقير لا يخفى ما بين صاحب العناية
وصاحب النهاية عن ابي يوسف وبين ما روى فخر الدين قاضيخان عنه من نوع مخالفة ومناقضة تدبر
ولو اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت صح واتم لان الاقتداء من المسافر بالمقيم يكون بمنزلة نية الاقامة
وبعده اي بعد الوقت لا يصح الاقتداء لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة
فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ان اقتدى في الشفع الاول لان القعدة الاولى
او في حق القراءة ان اقتدى في الشفع الثاني لان القراءة فرض في حق المسافر دون المقيم واقتداء المفترض
واقتداء المقيم به صحيح فيهما اي في حق الصلاة وبعده لان حال المقيم لا يتغير عما كان في الوقت
لانه لو اقتدى المسافر في الوقت كان في حق القعدة اقتداء المتنفل بالمفترض وكذا لو اقتدى بعد
ويقصر هو اي المسافر ويتم المقيم لانه التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي بلا قراءة لانه كاللاحق
وفرض القراءة صار مؤدى بقراءة الامام فيتركها احتياطا وهذا لان ما كان كاللاحق كان في الحكم كان
خلف الامام فكان مقتديا من هذا الوجه وهو منفرد حقيقة فيجب عليه القراءة نظرا الى انه مقتد ويجب
فدار بين الحرمة والندب ولا احتياط في القراءة لان الحرام واجب الامتناع والمندوب جائز الترك فلو كان
بخلاف المسبوق فانه ادرك قراءة نافلة فكانت قراءة فيما يقضي فرضا فيجب الاتيان بها
وندب له ان يقول لهم اي للمقتدين المقيمين اتموا صلاتكم فاني مسافر لانه عليه السلام
قاله حين صلى باهل مكة مسافرا فان قلت هذه الرواية مخالفة لما ذكر في فتاوى قاضيخان وغيره
حيث قال اذا اقتدى بامام لا يدري انه مقيم او مسافر قالوا لا يصح اقتداؤه لان العلم بحال الامام شرط
ذكره في فصل فيمن يصح الاقتداء وفيمن لا يصح ورواية المتن تدل على انه يصح الاقتداء بالامام وان لم يعرف
لانهم اذا كانوا عالمين بانه مسافر كان قول الامام اتموا صلاتكم فانا قوم سفر فاو في مسافر عبثا
لاشتغاله بما لا يفيد وان كانوا عالمين بانه مقيم كان هذا القول من الامام كذبا عندهم فيتعين بهذا
انه انما يقول الامام فيما اذا لم يعلموا حاله فما وجه التوفيق بينهما قيل تلك الرواية محمولة على ما اذا بنوا
الحال انه ليس بمقيم وسلم الامام على رأس الركعتين وتفرقوا على ذلك لاعتقادهم فساد صلاة الامام
واما اذا علموا بعد الصلاة بحال الامام كان اقتداؤهم به جائزا وان لم يعلموا بحاله وقت الاقتداء
ويبطل الوطن الاصلي بمثله الا يرى انه صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة عد نفسه بمكة
من المسافرين حتى قصر لا بالسفر يعني اذا سافر من وطنه ثم عاد يتم بمجرد الدخول فيه
ووطن الاقامة يبطل بمثله يعني اذا نوى الاقامة في بلد ثم راح منه واقام في بلد آخر ثم راح منه
واتى البلد الاول قصرها لم ينو الاقامة ثانيا وبالسفر يعني اذا نوى الاقامة في بلد ثم سافر
ثم اتى ذلك البلد قصرها لم ينوها وبالاصلي يعني اذا نوى الاقامة في بلد ثم دخل وطنه
الاصلي ثم دخل ذلك البلد قصرها لم ينوها قالوا الاوطان ثلاثة وطن اصلي
وهو مولد الرجل الذي او البلد الذي تأهل به ووطن سفر وقد يسمى وطن الاقامة
وهو البلد الذي ينوي المسافر الاقامة فيه خمسة عشر يوما او اكثر
ووطن سكنى وهو البلد الذي ينوي المسافر الاقامة فيه اقل من خمسة عشر يوما

ثم من حكم الوطن الاصلي ان ينتقض بالوطن الاصلي لانه مثله حتى لو انتقل من البلد الذي تأهل
بأهله وتوطن ببلدة اخرى لا يبقى البلدة المنتقل عنها وطنا له ولا ينتقض هذا الوطن
بوطن السفر ولا بوطن السكنى لان كل واحد منهما دونه وكذلك لا ينتقض بانشاء السفر
فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج من المدينة الى الغزوات مرارا ولم ينتقض وطنه
بالمدينة حتى لا يجدد الاقامة بعد رجوعه ولو كان له اهل ببلدة فاستحدث في بلدة اخرى اهلا كان
كل واحد منهما وطنا اصليا له روي انه كان لعثمان رضي الله عنه اهل بمكة واهل بالمدينة وكان يتم الصلاة
بهما جميعا ومن حكم وطن السفر لانه ضده ولا ينتقض بوطن السكنى لانه دونه ومن حكم وطن السكنى
ان ينتقض بكل شيء وعبارة المحققين من مشايخنا ان الوطن وطنان وطن اصلي ووطن سفر
وهو وطن الاقامة ولم يعتبروا وطن السكنى وهو الصحيح لانه لم يثبت فيه حكم الاقامة
بل حكم السفر فيه باق فلذلك لم يذكر في اكثر الكتب كذا في النهاية مع تفصيل طويل
وفائتة السفر تقضى في الحضر ركعتين وفائتة الحضر تقضى في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء
والواجب على المسافر في الوقت ركعتين وعلى المقيم اربعا بخلاف المريض المصلي بالايماء فان له اذا
فاتته صلوات يقضيها في صحته قائما لا بالاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت مقدار التحريمة
لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء كذا في الهداية وقال صاحب الكافي فيه اشكال لانه
تقرر في الاصول ان السبب عند عدم الاداء كل الوقت لا الجزء الاخير ويجاب بانه اداء بعد
عدم الاداء في اول الوقت ثم وثم الى ان يأتي الجزء الضيق فيكون هو السبب ثم ان فائدة
كون المعتبر آخر الوقت انه ان كان مسافرا في آخر الوقت وفاتته الصلاة قضى ركعتين وان كان
في اول الوقت مقيما وان كان مقيما في آخر الوقت وفاتته قضى اربعا وان كان في اوله مسافرا
واعترض بان كلامنا في القضاء واذا فاتت الصلاة عن وقتها كان كل الوقت سببا لا الجزء
وان فات الوقت فجاز ان يكون المص قد اختار ذلك قال صاحب العناية اقول هذا
الاعتراض ليس بوارد لان المص قال القضاء بحسب الاداء يعني كل من وجب عليه اداء اربع
قضى اربعا ومن وجب عليه اداء ركعتين قضى ركعتين وهذا لا نزاع فيه ثم بين ان المعتبر
في سببية الاداء هو الجزء الاخير من الوقت وهذا ايضا لا نزاع فيه وهو ثم مراد المص
واما ان السببية ينتقل بعد الفوت الى كل الوقت لظهور اثره في عدم جواز قضاء العصر الفائت
في اليوم الثاني وقت الاحمرار فذلك شيء اخر لا مدخل له في مراد المص وهذا واضح انتهى
والعاصي كغيره في السفر والرخصة والسفر على ثلاثة اقسام سفر طاعة كالحج
والجهاد وسفر مباح كالتجارة وسفر معصية كقطع الطريق والاباق عن المولى وحج
المرأة بلا محرم والاولان سببان للرخصة واما الاخير فكذلك عندنا خلافا للشافعي
قال الرخصة تثبت تخفيفا وما كان كذلك لا يتعلق بما يوجب التغليظ
ولنا اطلاق النصوص كقوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر علق رخصة
الافطار بنفس السفر فزيادة قيد ان لا يكون باغيا او قاطع طريق او غيره يجري
مجرى النسخ والصلاة مثله وقال النبي عليه السلام فرض المسافر ركعتان ولان نفس السفر
ليس بمعصية لانه حركة انما المعصية ما يكون بعده بان قصد قطع الطريق او يجاوره
كما في الاباق فصلح السفر مناط الرخص اذ لا قبح في عينه والقبح المجاور لا ينفي الاحكام كالبيع
وقت النداء والصلاة في الارض المغصوبة ونية الاقامة في السفر تعتبر من الاصل دون التبع كالعبد
تعتبر من المولى والمرأة تعتبر من الزوج والجندي تعتبر من السلطان او اميره يعني اقامة الاصل توجب اقامة
التبع حتى لو نوى الاقامة ولم يعلم العبد حتى قصر اياما ثم علم قضى تلك الصلوة وكذا غيره
قال شارح التحفة اعلم انه اذا نوى الزوج الاقامة تصير الزوجة مقيمة تبعا له اذا كانت مستوفية
مهرها المعجل وان لم تستوفها فان المعتبر نيتها لان لها ان تحبس نفسها عن زوجها
وكذا الجيش مع الامير ان كان رزقهم منه وان كان من عندهم فالعبرة لنيتهم لان لهم
ان يذهبوا حيث شاءوا وكذا الغريم مع المديون المفلس والاجير مع مستأجره

مطلب السفر ثلاثة

باب الجمعة

باب الجمعة

تناسب هذا الباب لما قبله ان كلا منهما يتصف بواسطة الاول بواسطة السفر والثاني بواسطة الخطبة
الا ان الاول شامل في كل من الاوقات الاربع والثاني خاص في الظهر والخاص بعد العام لان الخصوص يعتمد
العموم والجمعة من الاجتماع كالفرقة من الافتراق والميم ساكن عند اهل اللغة والقراء يضمونها كذا
في العناية وقال الكشاف يوم الجمعة بسكون الميم يوم الفوج المجموع كقولهم ضحكة ويوم الجمعة
بفتح الميم يوم الوقت الجامع كقولهم ضحكة ولعنة ويوم الجمعة بضمها تثقيل للجمعة وقرئ بهن جميعا
قال صاحب القاموس والجمعة المجموعة وبضمتين وكهمزة جمعه كصرد وجمعات بالضم وبضمتين وبفتح
الميم فيكون قول صاحب العناية والميم ساكن عند اهل اللغة محل كلام ثم ان صاحب النهاية
قال اعلم ان الجمعة فريضة محكمة لا يسع تركها ويكفر جاحدها ثبتت فرضيتها بالكتاب والسنة
واجماع الامة ونوع من المعنى اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة
فاسعوا الى ذكر الله والمراد من ذكر الله الخطبة والامر على الوجوب واذا فرض السعي الى الخطبة التي
هي شرط جواز الجمعة فالى اصل الجمعة كان اوجب ثم اكد الوجوب بقوله تعالى وذروا البيع وحرم البيع
بعد النداء وتحريم المباح من الله لا يكون الا لامر واجب والسنة حديث جابر رضي الله عنه قال
خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ايها الناس توبوا الى ربكم قبل ان تموتوا
وتقربوا الى الله بالاعمال الصالحة قبل ان تشتغلوا واعلموا ان الله تعالى كتب عليكم الجمعة
في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا فمن تركها تهاونا بها او استخفافا بحقها وله امام
جائر او عادل الا فلا جمع الله شمله الا فلا صلوة له الا فلا زكوة له الا فلا صوم له الا ان يتوب
فمن تاب تاب الله تعالى عليه وفي حديث ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما قالا سمعنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم على اعواد منبره يقول لينتهين اقوام عن تركهم الجمعة او ليختمن على قلوبهم وليكونن
من الغافلين واجمعت الامة على فرضيتها وانما اختلفوا في اصل الفرض في هذا الوقت واما المعنى
فلانا امرنا بترك الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة ولا يجوز ترك الفرض الا بفرض هو آكد واولى
فدل هذا على ان الجمعة آكد من الظهر في الفرضية قالوا اعلم ان لها اثني عشر شرطا ستة منها لادائها
المصر او مصلاه والسلطان او نائبه ووقت الظهر والخطبة والجماعة والاذن العام وستة منها
لوجوبها وهي الاقامة والذكورة والصحة والحرية وسلامة العينين والرجلين فشرط الاداء
كله متعلق بالمصلى بالصحة وشرط وجوبها كله صفات المصلي كذا في الكرماني والفرق بينهما ان بانتفاء الاول
لا يصح اداء الجمعة وبانتفاء الثاني يصح كذا في اكثر الكتب قال المولى الفاضل سعدي افندي
ان الوقت سبب لا شرط الا ان يصار الى المجاز لا تقع الجمعة الا بستة شروط هذه شروط
الاداء المصر او فناؤه بكسر الفاء ما اعد لحوائج المصر من ركض الخيل والرمي وصلاة الجنازة
ودفن الموتى وغيرها ولا بد ان يكون متصلا بالمصر حتى لو كان بينه وبين المصر فرجة من
المزارع والمراعي لا يكون فناء له كذا في الحاشية قال صاحب العناية وقدر شيخ الاسلام
وشمس الائمة فناء المصر بالصلاة ولا يجوز في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق
ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع وقال الشافعي المصر ليس بشرط ولا فناؤه بل كل
قرية يسكنها اربعون من الرجال الاحرار لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء
يقام فيها الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل ولما روي ان اول جمعة
جمعت في الاسلام بعد المدينة ما جمعت بجواثا وهي قرية من قرى هجر من عبد القيس بالبحرين
والجواب ان قوله عليه السلام الا في مصر جامع ينفي اقامتها في القرى والصحابة حين فتحوا الامصار
والقرى ما اشتغلوا بنصب المنابر وبناء الجمع الا في الامصار والمدن وذلك اتفاق منهم
على ان المصر من شرائط الجمعة والآية ليست بحجة له لان المكان مضمر فيها بالاجماع حتى لا يجوز
اقامة الجمعة في البوادي بالاجماع فنحن نضمر المصر وهو يضمر القرية وجواثا مصر بالبحرين وتسمية الراوي قرية
لا ينفي ما ذكرنا لان اسم القرية ينطلق على البلدة قال الله تعالى وكأين من قرية والمراد به مكة وكذلك الشعراء القرى

ومن حولها كذا في العناية والنهاية

والسلطان اي الوالي الذي لا والي فوقه وكذا ذلك الخليفة او نائبه وهو الامير او القاضي والخطباء لان الجمعة تقام بجمع عظيم لكونها جامع الجماعات وقد تقع المنازعة في التقديم بان شخصا يقول انا اتقدم وغيره يقول انا اتقدم وفي التقديم بان يقدم طائفة شخصا واخرى آخر وقد تقع غيرها مثل ان يسبق بعض الناس الى الجامع فيقيموها لغرض لهم ويفوت على غيرهم وفيه من الفتنة ما لا يخفى فجعل مفوضا الى الامام الذي فوض اليه احوال الناس والعدل بينهم لانه اقرب الى تسكين الفتنة ولقوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر من جملتها الجمعة والعيدين وقال الشافعي ليس ذلك بشرط لما روي ان عثمان رضي الله عنه كان محصورا بالمدينة فصلى علي رضي الله وجهه الجمعة بالناس ولم يرو انه صلى بامر عثمان رضي الله عنه وكان الامر بيده والجواب انه يحتمل انه فعل ذلك باذن عثمان والمحتمل لا يصلح للحجة ولئن سلم انه فعل بغير اذنه فانما فعل لان الناس اجتمعوا عليه وعند ذلك يجوز لان الناس احتاجوا الى اقامة الفرض فاجتماعهم كذا في العناية قال صاحب الاصلاح والايضاح هذا اذا امكن التوصل الى واحد منهما واما اذا لم يكن فللناس ان يجتمعوا ويقدموا من يصلي بهم ذكره في الذخيرة قال صاحب الدرر والاستخلاف للخطيب للخطبة لا يجوز اصلا ولا للصلاة ابتداء بل يجوز بعدما احدث الامام وهنا بحث مال الصاحب الهداية في كتاب ادب القاضي بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف وقد قال شراحه يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة وجواز الخطبة والامامة بعدها من افعال السلطان كالقضاء فلم يجز لغيره الا باذنه فاذا لم يوجد لم يجز وتحقيقه ما قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير لا يجوز استخلاف القاضي الا اذا فوض السلطان ذلك اليه لان استيفاء القضاء بالاذن ففي حق ما لم يؤذن بقي على ما كان قبل الاذن ويجوز استخلاف بعد ما فوض اليه لانه ملك ذلك باذن السلطان كما ملك القضاء بنفسه باي الناس واعتبر هنا بالوكيل بالبيع اذا وكل غيره بخلاف المستعير حيث كان له ان يعير لان المنافع تحدث على ملكه فيملك تمليك ذلك من غيره فيكون متصرفا بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه فانه متصرف بحكم الاذن فيملك بقدر ما اذن له ثم قال واعتبرها يخنا عن هذا وقال من قام مقام غيره لغيره لا يكون له ان يقيم غيره مقام نفسه ومن اقام غيره مقام نفسه كان له ان يقيم غيره مقام نفسه فان قيل هل يجوز خطابة النائب بحضور الاصل عند عدم الاذن كما جاز حكم النائب في تصرف الوكيل عند حضور القاضي والموكل عند عدم الاذن قلنا لا لان مدارهما حضور الرأي فاذا وجد جاز بخلاف الجمعة اذ لا مدخل للرأي فيه واذا كان ماذونا من السلطان بالاستخلاف يجوز ذلك وهنا مما يجب حفظه والناس عنه غافلون انتهى ما في الدرر قال فخر قروم الروم الفاضل ابن كمال المرحوم في رسالة الرتبة وتحقيق الاستخلاف قال في الهداية وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف اقول يعني يجوز له ان يقيم الغير مقامه لاقامة الجمعة وهذا نص في جواز الاستخلاف للخطبة بلا تفويض من السلطان لان اقامة لا تكون بدونها فجواز الاستخلاف لاقامة الجمعة متضمن لجواز الاستخلاف للخطبة وعبارة صاحب الخلاصة حيث قال له ان يستخلف وان لم يكن في منشور الامامة الاستخلاف صريح فيما ذكرنا لان ما يكتب في منشور الامامة انما هو الاذن بان يستخلف خطيبا اخر مقامه ثم ان التعليل المذكور في الهداية بقوله لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف في الصلاة كذلك يدل على كون الامر المذكور اذنا بالاستخلاف في الخطبة وهنا مع وضوحه قد خفي على منلا خسرو حيث قال ان الاستخلاف للخطبة لا يجوز اصلا ولا للصلاة ابتداء بل يجوز بعد ما احدث الامام وهنا خفي ما قال في الهداية بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف آه فركب غلطا وارتكب شططا اما انه ركب الغلط فلتصريحه بعدم جواز الاستخلاف للخطبة اصلا واما انه ارتكب شططا فلحمله كلام صاحب الهداية على ما لا يحتمله

اعتبر

الا

اقامتها

ثم قال

ثم قال وجهه ان الخطبة والامامة بعدها من افعال السلطان كالقضاء فلم يجز لغيره الا باذنه فاذا لم يوجد لم يجز ولا يخفى ما فيه من الخلل لانه ان اراد بالاذن في قوله فلم يجز لغيره الا باذنه الصريح لا يكون صحيحا لما عرفت من كفاية الاذن دلالة وما ذكره من كونهما من افعال السلطان لا يقتضي ذلك فلا يتم التقريب ايضا وان اراد به الاذن دلالة كما هو يقتضي التفريع المذكور فان ما قدمه انما يقتضي ذلك فلا يتم التقريب لما عرفت من تحقق الاذن دلالة في الاستخلاف للخطبة ثم قال وتحقيقه ما قال الشيخ ابو المعين النسفي الى اخره وطول ذيل المقال ولم يأت بما يبين ما ادعاه او يعين مدعاه وبعدهما كلمة تصلف وهي قوله وهنا مما يجب حفظه والناس عنه غافلون انتهى ما ذكره الفاضل المرحوم يقول الفقير والحق ان حمل صاحب الدرر قول صاحب الهداية بخلاف المأمور باقامة الجمعة على ما حمله بعيد عن مقتضى السوق بحيث لا يليق لمثله ان يرتكبه وقال صاحب الكافي بخلاف المأمور باقامة الجمعة مطلقا حيث يجوز له استخلاف غيره وان لم يؤذن بالاستخلاف لانه لما فوض اليه اقامة الجمعة مع علمه بان العوارض التي تعتريه من المرض والحدث في الصلاة مع ضيق الوقت وغيرها قد يعتريه ولا يمكن انتظار الامام الاعظم لانها لا يحتمل التأخير عن الوقت كان اذنا له بالاستخلاف دلالة وفي القضاء تأخير سماع الخصومة الى وجود الاذن من الامام الاعظم ممكن لانه غير موقت بوقت فلم يثبت الاذن بالاستخلاف صريحا ولا دلالة فلا يمكن التفويض الى الغير انتهى يقول الفقير لعل ما اوقع صاحب الدرر في هذا الورطة قول صاحب الكافي والحدث في الصلاة مع ضيق الوقت لكن لا يليق بمثله لمثله ان يرتكب مثله مع وجود قول صاحب الكافي اولا من المرض وثانيا وغيرهما تدبر حق التدبر ووقت الظهر فلا تصح قبله ولا بعده لقوله عليه السلام لما بعث مصعب بن عمير الى المدينة قبل هجرته له اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولحديث انس رضي الله عنه كنا نصلي الجمعة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مالت الشمس ولانها خلف عن الظهر وقد سقط الظهر فيكون في وقتها لا غير كذا في النهاية والعناية والكافي والخطبة قبلها اي قبل الجمعة في وقتها اي في وقت الظهر لان النبي صلى الله عليه وسلم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وقالت عائشة رضي الله عنها انما قصرت الصلوة لمكان الخطبة وعليه الاجماع وهي انما يكون قبل الصلاة وفي وقت الجمعة قال صاحب العناية وشرطيتها ايضا تقتضي ذلك والجماعة اما الاختلاف في العدد والاذن العام وهو ان يفتح ابواب الجامع ويؤذن للناس حتى لو اجتمعت جماعة في الجامع واغلقوا الابواب وجمعوا لم يجز وكذا السلطان اذا اراد ان يصلي بحشمه في داره فان فتح بابه واذن للناس اذنا عاما جازت صلاته شهدها العامة اولا وان لم يفتح باب الدار واغلق الابواب واجلس البوابين ليمنعوا عن الدخول لم يجز لان اشتراط السلطان للتحرز عن تفويتها على الناس وذا لا يحصل الا بالاذن العام والمصر كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود والمراد بالامير والي الذي يقدر على انصاف المظلوم من الظالم قال صاحب العناية وانما قال يقيم الحدود بعد قوله ينفذ الاحكام لان تنفيذ الاحكام لا يستلزم اقامة الحدود فان المرأة اذا كانت قاضية تنفذ الاحكام وليس لها ان يقيم الحدود وكذلك المحكم يقول الفقير اذا كانت اللام في الاحكام للاستغراق لا يصح ما ذكره ولا يمكن ان يقال انه للعهد اذ لا عهد ولا يكون للحقيقة لانه لا يمكن تنفيذها ولا يمكن ايضا للعهد الذهني وهو ظاهر اللهم الا ان الاحكام اذا ذكرت مطلقة يراد بها غير الحدود لكنه غير معلوم تدبر واكتفى بذكر الحدود عن القصاص لانهما يقترنان في عامة الاحكام فذكر احدهما كان مغنيا عن ذكر الآخر وقيل ما لو اجتمع اهله في اكبر مساجده لا يسعهم يعني اذا اجتمع من يجب عليهم الجمعة لا كل من يسكن في ذلك الموضع من الصبيان والنسوان والعبيد في اكبر مساجده لا يسعهم حتى اذا احتاجوا الى بناء مسجد آخر للجمعة وكلا المعنيين منقولان عن ابي يوسف

يقول الفقير محمد [illegible] يقتضي ذلك [illegible] منه

رحمة [illegible]

والاول اختيار الكرخي وهو ظاهر الرواية وعليه اكثر الفقهاء و الثاني اختيار ابي عبد الله البلخي
وعن ابي يوسف رواية اخرى غير هاتين الروايتين وهو كل موضع يسكن فيه عشرة آلاف نفر
وكان عنه فيه ثلث روايات و قال سفيان الثوري المصر الجامع ما يعده الناس مصرا عند ذكر الامصار
كبخارى وسمرقند وقسطنطينية وبروسه وادرنه قال صاحب النهاية فعلى هذا لا يجوز
اقامة الجمعة بكرمينه وكشانية و قال بعض مشايخنا كل موضع يمكن كل صانع ان يعيش
بصنعته فيه ولا يحتاج الى التحول الى صنعة اخرى قال ابن الملك والمصر عند ابي حنيفة
كل بلدة فيها سكك واسواق ولها رساتيق ووال ينصف المظلوم وعالم يرجع اليه في الحوادث
هذا هو الاصح كذا في التبيين انتهى قال صاحب الاختيار وعن محمد كل موضع مصره الامام
فهو مصر فلو بعث الى قرية نائبا لاقامة الحدود والقصاص صار مصرا ولو عزله ودعاه التحق
بالقرى يقول الفقير هنا وفي المعنى الاول وفنائه ما اتصل به معدا لمصالحه سبق تحقيقه في
ف صاحب النهاية ثم في كل موضع وقع الشك في كونه مصرا وفناء اهل ذلك الموضع الجمعة
ينبغي لهم ان يصلوا بعد الجمعة اربع ركعات ينوون بها الظهر احتياطا حتى انه لو لم تقع الجمعة
موقعها يخرجون عن عهدة الفرض باداء الظهر بيقين قال بعضهم كيفية نيتها ان يقول
نويت آخر ظهر ادركت وقته ولم اصل بعد ويصح في مصر في مواضع هو الصحيح وهو
قول ابي حنيفة ومحمد لان في الاجتماع في موضع في مدينة كبيرة حرجا بينا وهو مدفوع
وعن الامام في موضع واحد فقط لانه المتوارث ولانه لو جاز في موضعين لجاز في جميع المواضع
او انه ممتنع يقول الفقير في الملازمة بحث تدبر وعند ابي يوسف يجوز في موضعين ان حال بينهما نهر
فاصل فيصير اذا لم يكن بينهما نهر فالجمعة لمن سبق لعدم المزاحم وقد وقعت في وقتها بشرائطها
وتفسد جمعة الاخرين ويقضون الظهر وان صلى اهل مسجدين معا فصلاة الكل فاسدة لعدم الاولوية
فلا يخرج عن العهدة بشك ومنا مصر في الموسم يصح الجمعة فيها خلافا لمحمد لانها ليست
حتى لا يصلي صلاة العيد فيها اتفاقا ولهما انها تتمصر في ايام الموسم لاجتماع شرائط المصر
من السلطان والقاضي والابنية والسكك والاسواق الا انها لا تبقى مصرا بعد انقضاء الموسم
لكن بقاؤه مصرا ليس بشرط لان الناس ما سهم على شرف الرحلة عدم التعييد للتخفيف
لاشتغال الحجاج باعمال المناسك من الرمي والذبح والحلق في ذلك اليوم لا لعدم المصر
للخليفة او لامير الحجاز وهو السلطان بمكة لا لامير الموسم وهو المسمى امير الحاج ولا بعرفات
في قولهم جميعا و الفرق ان عرفات فضاء وبها ابنية واما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير
وان استعمل على مكة يقيم الجمعة لان له الولاية وقيل ان كان من اهل مكة يقيمها وان استعمل
على الموسم خاصة والحال لم يكن من اهلها لا يقيم وفرض الخطبة تسبيحة او نحوها عند
قصد الخطبة وعندهما لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة عرفا و قال الشافعي لا يجوز
حتى يخطب خطبتين يشتمل كل منهما على التحميد والصلاة والوعظ بالتقوى اعتبارا
له قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج
عليه اي حصر عن الغير فنزل وصلى وصلى معه الصحابة بلا نكير فدل على انه يكتفي بهذا القدر
قال صاحب الاختيار وان تعمد ذلك بغير عذر فقد اساء واخطأ السنة و لهما ان الخطبة
هي الواجبة والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة عادة ثم المراد من الذكر الطويل
ما يكون مقدار ثلاث آيات عند الكرخي وقيل مقدار التشهد من قوله التحيات لله الى قوله
عبده ورسوله و انما قلنا في قول ابي حنيفة على قصد الخطبة لانه اذا سبح او حمد للعطاس
او للتعجب لا يجوز بالاتفاق وسننها اي سنن الخطبة ان يخطب قائما لانه
وان خطب قاعدا جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفة المتوارث على طهارة وان خطب
على غير طهارة جاز ايضا ويكره خطبتين يفصل بينهما بجلسة جرى التوارث
الاولى ان يقول بقعدة كما قال صاحب الهداية وغيره لان اهل اللغة قالوا القعدة
من القيام والجلسة من الاضطجاع ومقدارها ان يستقر كل عضو منه في موضعه

مشتملين

مشتملين على صفة خطبتين على ثلاث آيات في الاخيرة وصاية بالتقوى والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم
قال شارح التحفة نقلا عن الهداية اعلم ان للخطبة احدى عشرة سنة اولها التعوذ في نفسه
قبل الخطبة والثاني البداية بالحمد لله وثالثها الثناء عليه بما هو اهله ورابعها الشهادتان
وخامسها التصلية على النبي صلى الله عليه وسلم ويستحسن ذكر الخلفاء الراشدين
وسادسها العظة والتذكير وسابعها قراءة القرآن وتاركها مسيء وقد قرأ النبي صلى الله عليه
في خطبته سورة العصر وفي اخرى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة اصحاب الجنة هم الفائزون
واخرى ونادوا يا مالك ليقض الآية وثامنها الجلوس بين الخطبتين وعند الشافعي واجب
وتاسعها ان يعيد في الخطبة الثانية بالحمد والثناء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم
ويدعو فيها مكان الوعظ وعاشرها ان يزيد في الدعاء للمؤمنين والمؤمنات والحادي عشر
تخفيف الخطبتين بقدر سورة من طوال المفصل ويكره التطويل فيها فيكره تركه لذلك
كذا في مجمع البحرين والظاهر ان علة كراهة الترك كون كل منها متوارثا و اقل الجماعة ثلاثة سوى
عند الامام رضي الله عنه وعند ابي يوسف اثنان وقيل محمد مع ابي يوسف
قال صاحب الهداية والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع
لان فيه اجتماع واحد باخر والجمعة منبئة عن معنى الاجتماع وفي الاثنين اجتماع لا محالة
و لهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلاث والخطاب ورد بالجمع وهو قوله تعالى فاسعوا والجمع الصحيح
لانه جمع تسمية ومعنى فان قيل اعتراض له ابو يوسف كذلك لانه يعتبر مع الامام ثلاثة
اجيب بان الجماعة شرط على حدة فلا تعتبر الامام من الجماعة وذلك لان قوله تعالى فاسعوا
يقتضي ثلاثة وقوله الى ذكر الله يقتضي ذاكرا فذلك اربعة ويجب ان يكونوا كلهم من تصح
حتى اذا كان احدهم صبيا او مجنونا لا يجوز بخلاف العبد والمسافر فان الجماعة تتم بهم
لصلاحيتهما للامامة وكما نفى الآية ما دون الثلاث نفى اشتراط الاربعين لعدم دلالة عليه
كذا في العناية يقول الفقير في نفي الآية اشتراط الاربعين بحث بل هو مسكوت في الآية
لان قوله تعالى فاسعوا نص في الثلاث بل هو اقل ويحتمل الزيادة فلا يكون في الآية دلالة على نفي
اشتراط الاربعين و اثباته ولعل من اشترط يتمسك بدليل آخر و قال الشافعي
لا بد من اربعين رجلا احرارا مقيمين سوى الامام لان اول جمعة اقيمت في الاسلام كانوا اربعين
لما جاء في حديث مصعب بن عمير رضي الله عنه انهم جمعوا اول جمعة اقيمت بالمدينة وهم اربعون
يومئذ ولو كانت تجب بدون الاربعين لما جمعت قبل ان يبلغوا ذلك العدد يقول الفقير
لا يلزم منه عدم الصحة بما دون الاربعين لجواز انها لم تفرض قبل ذلك او عدم التمكن من اقامتها
بسبب الاسباب فتأخرها يكون لذلك لا لان الجماعة لم تبلغ اربعين وقد صح انه بقي النفور
بقي اثنا عشر رجلا فصلى بهم النبي عليه السلام فلو نفروا قبل سجوده يستأنف الظهر
لان الانعقاد بالشروع في الصلاة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلاة
فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلاة فان الامام هو الذي يخطب ولا يمكن
ان يخطب في الصلاة فلا يشترط دوامها وعندهما لا يشترط بقاؤها اذ الجماعة شرط الانعقاد
فلا يشترط دوامها كالخطبة فان دوامها الى تقييد الركعة بالسجدة شرط بالاتفاق وهو
الا ان نفروا قبل شروعه فانه يستأنف الظهر اتفاقا و قال زفر اذا نفروا قبل قعوده
قدر التشهد يستأنف الظهر لان الجماعة شرط الاداء كالوقت فلا بد من دوامها الى تمام
الصلاة كالوقت ولا يعتبر بقاء النساء والصبيان لانه لا ينعقد بهم الجمعة و تبطل
بخروج وقت الظهر فيقضي الظهر مقام الجمعة وشروط وجوبها ستة الاقامة بمصر
فلا تجب على المسافر لانه يحرج في الحضور فربما لا يجد من يحفظ رحله وربما ينقطع عن رفقته
والذكورة فلا تجب على النسوان لانها مشغولة بخدمة الازواج منهية عن الخروج شرعا
لما في خروجهن من الفتنة ما لا يخفى والصحة فلا تجب على المريض لانه يحرج كالمسافر والحرية
فلا تجب على العبد لانه مشغول بخدمة المولى وسلامة العينين والرجلين

فلا تجب على الاعمى وان وجد قائدا لانه عاجز عن السعي بنفسه كالمريض فلا يصير قادرا بغيره
فان القائد قد يتركه في الطريق خلافا لهما فانهما قدرة على السعي اذا وجد من يهديه الى الطريق
وكذا الخلاف في الحج يعني لا يجب الحج على الاعمى وان وجد قائدا عند الامام ويجب ان وجد قائدا
عند الامامين قال صاحب الكافي والتسهيل ويقتبس هذه الشروط الاثني عشر كلها
من قوله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة الى اخره بعضها عبارة وبعضها اشارة و
بعضها اقتضاء وبعضها دلالة فالاذن العام بقوله نودي فانه تشهير اي تشهير
والجماعة بقوله فاسعوا ويفهم منه الثلاثة سوى الامام والوقت بقوله وذروا البيع
اذ نهى عن سوق التجارة وقت الظهر عند انتصاب السوق وحصول في مجمعهم والخطبة
والامام بقوله وذروا البيع اذ البيع الذي يحتاج الى المنع يكون في الامصار اذ هي محط
النواحي وباقي الشروط يستفاد من قوله فاسعوا اذ لا سعي من المرضى والزمنى والعميان
والنسوان امرن بالقرار في البيوت بالنص والعبد والمسافر مشغولان بخدمة المولى والنقل
ومن هو خارج المصر ان كان يسمع النداء يجب عليه عند محمد وبه يفتى لقوله عليه السلام
الجمعة على من سمع النداء وقيل يجب على من بينه وبين المصر فرسخ كذا في ابن ملك قال صاحب
التسهيل ووجوبها على قريبة من المصر رواية عن ابي ح للتبعية وعن ابي يوسف لو كان
بينهما فرسخان يجب وعن محمد لو كان بينهما ثلاثة اميال يجب والا لا وبه قال مالك وفي
وعن ابي يوسف يجب على من سمع النداء انتهى يقول الفقير وجوب الجمعة على من سمع النداء
جعله صاحب التسهيل رواية عن ابي يوسف واعتبار ثلاثة اميال رواية عن محمد والمصنف
جعل وجوبها على من سمع النداء مذهب محمد وجعله المفتى به وصاحب التسهيل جعل الفتوى
اعتبار ثلاثة اميال فيلزم تتبع الكتب ليتبين ما هو المختار والحق ومن لا جمعة عليه ان ادى
اجزا عن فرض الوقت لان السقوط عنه للتخفيف فاذا تحملها جاز عن فرض الوقت كالمسافر اذا
وللمسافر والعبد والمريض ان يؤم فيها وقال زفر لا يجوز لانها غير فرض الوقت واجبة عليهم
كالصبي والمرأة ولنا انهم اهل الامامة وانما سقط عنهم الوجوب تخفيفا للرخصة فاذا
يقع فرضا فيجوز امامتهم كما في سائر الصلاة والنبي صلى الله عليه وسلم صلى الجمعة بالناس بمكة وهو
وتنعقد بهم يعني لو كان خلف الامام مسافر وعبد ومريض تنعقد خلافا للشافعي
ومن لا عذر له لو صلى الظهر قبلها جاز مع الكراهة وقال زفر لا يجوز لان عنده الجمعة هي
اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل والقدرة ثابتة
لان فواتها انما يكون بعد فراغ الامام عن الجمعة والمسئلة قبل ذلك ولنا ان اصل الفرض
هو الظهر في حق الكافة لان التكليف بحسب القدرة والمكلف بالصلاة في هذا الوقت
يمكن بنفسه من اداء الظهر دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده فكان التكليف
بالجمعة تكليفا بما ليس في الوسع الا انه امر باسقاط الفرض وهو الظهر باداء الجمعة
عند استجماع شرائطها فكان العدول عنها مع القدرة مكروها ثم اذا سعى اليها والامام
فيها بطل صلاة الظهر بمجرد سعيه اليها سواء ادركها او لا لان السعي الى الجمعة من خصائص
الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا لكان الاقوى يحتاط لاثباته ما لا يحتاط
لاثبات الضعيف بخلاف ما اذا لم يكن الامام فيها لانه ليس سعيا اليها وقالا لا تبطل
ما لم يدرك الجمعة ويشرع فيها بعد قوله ما لم يدرك الجمعة لانه ان ادركها ولم يشرع فيها
لم يبطل الظهر ولو قال ما لم يشرع في الجمعة لكان اخصر وكره للمعذور والمسجون اداء الظهر
بجماعة في المصر يومها سواء قبل الامام او بعده لما فيه من الاختلال بالجمعة لانها جامعة
للجماعات بخلاف السواد اذ لا جمعة عليهم ولو صلوا اجزأهم لوجود شرائط الجواز
ومنه يعلم كراهة ظهر غير المعذور بالجماعة بالطريق الاولى وقد جرى التوارث في جميع الامصار
والاعصار بغلق المساجد وقت الجمعة ولولا الكراهة لما غلقوها ومن ادركها
في التشهد او سجود السهو يتم جمعة لانه ادرك الامام يوم صلى معه ما ادركه وبنى عليه الجمعة

لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقه فينقضه لانها اقوى لتوقفها على شرائط وفيه اثر كونها
وانما قال ويشرع فيها

لقوله ع

لقوله صلى الله عليه وسلم ما ادركتم فصلوا وما فاتكم من صلوة الامام
بدليل قوله ما ادركتم فصلوا فان معناه من صلاة الامام والذي فات من صلاة الامام هو الجمعة
فيصلي ما سمع الجمعة قال صاحب الاصلاح والايضاح فان قيل لا يؤدي في الجمعة سجود السهو
نص عليه في الخانية فما وجه قوله او سجود السهو قلت ذلك قول بعض المشايخ وهم لا ينكرون جوازه
بل يقولون ان تركه اولى كيلا يقع الناس في الفتنة وقال محمد يتم ظهرا ان لم يدرك اكثر الثانية
بان ادركه بعد ما رفع رأسه من الركوع من الركعة الثانية لانه جمعة من وجه من حيث انه لا يتادى
الا بنية الجمعة ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه وهو الجماعة فيصلي اربعا اعتبارا
للظهر ويقعد على رأس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك
للجمعة في هذه الحالة حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكره محمد لان الظهر والجمعة مختلفان
لا يبنى احدهما على تحريمة الاخر ولو ادرك اكثر الركعة الثانية بان ادرك في الركوع يتم جمعة اتفاقا
واذا خرج الامام اي صعد على المنبر لاجل الخطبة فلا صلوة ولا كلام حتى يفرغ من خطبته
فمن كان في صلاة فان كان في سنة الجمعة يقطع على رأس الركعتين وان صلى ركعة ضم اليها ركعة
اخرى وسلم وان كان في الثالثة اتم الاربع وقالا يباح الكلام بعد خروجه ما لم يشرع
في الخطبة لان الكراهة للاخلال بغرض الاستماع ولا استماع بخلاف الصلاة لانها تمتد فيفضي
له قوله عليه السلام اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام فيه يمتد طبعا
فلا يمكن قطعه فاشبه الصلاة في الافضاء الى الاخلال قال صاحب الهداية يباح الكلام
اذا نزل حتى يكبر عندهما ويجب السعي وترك البيع بالاذان الاول لقوله تعالى اذا نودي
للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع وقيل بالاذان الثاني لان الاول
لم يكن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فاذا جلس على المنبر اذن بين يديه ثانيا بذلك
جرى التوارث ولم يكن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا هذا الاذان ولهذا قيل هو
المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول وهو الذي احدث في زمن عثمان
على الزوراء وكان الحسن بن زياد يقول المعتبر هو الاذان الاول على المنارات لانه لو انتظر
الاذان عند المنبر يفوته اداء السنة واستماع الخطبة وربما يفوته الجمعة اذا كان بيته
بعيدا من الجامع وكان الطحاوي يقول المعتبر هو الاذان عند المنبر بعد خروج الامام
فانه هو الاصل الذي كان للجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك في عهد ابي بكر وعمر
رضي الله عنهما وهو اختيار شيخ الاسلام والاصح ان المعتبر في وجوب السعي وكراهة
البيع هو الاذان الاول ان كان بعد الزوال لحصول الاعلام به وهو مختار شمس الائمة
السرخسي كذا في العناية واستقبلوه مستمعين منصتين سواء كانوا قريبين او بعيدين
قيل الدنو من الامام افضل ليستمع بعظه بشرط ان لا يتخطى رقاب احد ونحوه وقيل التباعد
منه اولى في زماننا كيلا يسمع مدح الظلمة وبعضهم قالوا وجوب الاستماع مخصوص بالخطبة الاولى
دون الثانية لما فيها من مدح الظلمة والاصح انه يجب استماعهما اولهما الى اخرها كذا في الزاهدي
قال صاحب الدرر نقلا عن التاتارخانية كل بلدة فتحت بالسيف عنوة يخطب الخطيب على منبرها
بسيف يريهم انها فتحت بالسيف فاذا رجعتم عن الاسلام فذلك باق في ايدي المسلمين يقاتلونكم حتى
ترجعوا الى الاسلام وكل بلدة اسلم اهلها طوعا يخطب الخطيب فيها بلا سيف ومدينة
فتحت بلا سيف فيخطب الخطيب بلا سيف ومكة فتحت بالسيف فيخطب بالسيف فاذا تم
الخطبة اقيمت ويقرأ الامام في الجمعة في كل ركعة فاتحة الكتاب واي سورة شاء ويجهر بهما
واختلفوا في قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم روي انه كان يقرأ في صلاة الجمعة سورة الجمعة والمنافقين
وروي انه كان يقرأ سبح اسم ربك الاعلى وهل اتيك حديث الغاشية والقروي اذا دخل المصر
ان نوى ان يمكث فيه يوم الجمعة يلزم الجمعة وان نوى ان يخرج في ذلك اليوم قبل الوقت او بعده
فلا جمعة عليه لانه في الاول صار كواحد من اهل المصر في ذلك اليوم وفي الثاني لم يصر وانا قلنا اذا
في المصر يوم الجمعة على عزم ان لا يخرج منه يوم الجمعة لا يلزمه الجمعة ما لم ينو الاقامة خمسة عشر يوما

الاخلال

رض

بكر وعمر

بعيدين

بالسيف

عليه السلام

فقيل الجمعة

واذا اراد الكوفي ان يسافر يوم الجمعة لا باس به اذا خرج قبل الزوال وقت الظهر ... العصر ... انما يجب في آخر الوقت وهو ساقط في اخر الوقت كذا في ... صح

باب صلاة العيدين

مناسبتها لصلاة الجمعة في ان كلا منهما صلاة نهارية وتؤدى كل منهما بجمع عظيم ويجهر بالقراءة فيهما ويشترط للاخرى سوى الخطبة ويشترك البعض في حق التكليف فانها تجب على من تجب عليه وقدم الجمعة لقوتها لكونها فريضة او لكثرة وقوعها والعيد من عاد يعود اذا رجع واصله عود بالكسر قلبت الواو ياء وجمعه اعياد والقياس اعواد لانه واوي وانما جمع بالياء لئلا يلتبس بجمع عود وسمي عيدا لعوده في كل سنة تجب صلاة العيد والاصل فيها قوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم قيل هو صلاة العيد وتواترت الاخبار انه عليه السلام كان يصلي صلاة العيد وروى انس رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة ولهم يومان يلعبون فيهما فقال عليه السلام قد ابدلكم الله بهما خيرا منهما الاضحى والفطر واجمعت الامة على انها مشروعة من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بلا نكير منكر وهي واجبة عند الجمهور لمواظبة النبي عليه السلام والقضاء اياها وذلك دليل الوجوب هكذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله وقيل انها سنة والاول اصح وقوله في الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم الاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما معناه وجب بالسنة لان قوله ولا يترك واحد منهما دليل الوجوب كذا في الاختيار وتسميته بالعيدين على طريقة قولهم العمرين والقمرين وشرائطها كشرائط الجمعة وجوبا واداء سوى الخطبة فانها ليست من شرائط العيد ويخطب بعد الصلاة كذا المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو تركها جاز لانها سنة وليست بشرط وقد اساء لمخالفة السنة وكذلك ان خطب قبل الصلاة يجوز لحصول المقصود وهو تعليمهم وظيفة اليوم ويكره لمخالفة المتوارث ولا اذان لها ولا اقامة والوقت ايضا شرط لها كما في الجمعة وقت الظهر شرط ومنها ما عين بعده وندب في الفطر ان يأكل قبل صلاة لانه عليه السلام كان يفعل كذلك روى انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يخرج يوم الفطر الى المصلى حتى يأكل تمرات ثلاثا او خمسا او سبعا او اكثر او اقل بعد ان يكون وترا ويستحب ان يكون شيئا حلوا كذا في التبيين ويستاك ويغتسل ويتطيب لما روي انه عليه السلام كان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الاستياك والغسل والتطيب لئلا يقع التأذي بالرائحة الكريهة كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه صلى الله عليه وسلم كان له جبة فنك او صوف يلبسها في الجمع والاعياد قال الجوهري الفنك الذي يتخذ منه الفرو ويؤدي فطرته قبل صلاة فيضعها في مصرفها هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه تفريغ بال الفقير للصلاة قال صلى الله عليه وسلم اغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم وان اخرها جاز والتعجيل افضل ويتوجه الى المصلى ويستحب ان يمشي راجلا الا بعذر كذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا يجهر بالتكبير في طريقه عند الامام وهو رواية المصنف وليكبر من غير جهر كما سنا خلافهما روى الطحاوي عن استاذه ابن عمران البغدادي عن اصحابنا انه يكبر في طريق المصلى جهرا اعتبارا بالاضحى وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد بالجهر في الاضحى لانه يوم تكبير قال الله تعالى واذكروا الله في ايام معدودات جاء في التفسير ان المراد به التكبير في هذه الايام وليس كذلك يوم الفطر لانه لم يرد به الشرع وليس في معناه ايضا لان عيد الاضحى اختص بذكر اركان الحج والتكبير شرع علما على وقت افعال الحج وليس في شوال فان قيل لا نسلم ان الشرع لم يرد به فان الله تعالى قال ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم اخبر بالتكبير بعد اكمال عدد ايام شهر رمضان وروى نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج يوم الفطر ويوم الاضحى رافعا صوته بالتكبير وهذا نص في الباب اجيب بان المراد بالآية التكبير في صلاة العيد والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها ومدار الحديث على الوليد بن محمد عن الزهري والوليد مردود الحديث كذا في العناية والمستحب ان يخرج يوم العيد من طريق ويرجع من قبلها طريق اخرى لان مكان القربة يشهد لصاحبها فيتكثر الشهود كذا في الكفاية ولا يتنفل قبلها لانه صلى الله عليه وسلم لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلاة وكون فرح عيد فيها

قال صاحب العناية

قال صاحب العناية التنفل قبل صلاة العيد في المصلى وغيره يكره للامام وغيره وقد ورد النهي والانكار في ذلك عن الصحابة كثيرا روي عن ابن مسعود وحذيفة رضي الله عنهما انهما قاما فنهيا الناس عن الصلاة قبل الامام يوم الفطر وروي ان عليا كرم الله وجهه خرج الى المصلى فرأى قوما يصلون فقال ما هذه الصلاة التي لم تكن معروفة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له الا تنهاهم فقال اكره ان اكون الذي نهى عبدا اذا صلى ووقتها من ارتفاع الشمس قدر رمح او رمحين الى زوالها لانه عليه السلام كان يصلي العيد والشمس قدر رمح او رمحين وروي ان قوما شهدوا برؤية الهلال بعد الزوال فامر عليه السلام بالخروج الى المصلى من الغد ولو جاز الاداء بعد الزوال لما اخره وصفتها ان يصلي ركعتين يكبر تكبيرة الاحرام ويرفع يديه كما في حال القراءة ثم يثني اي يقرأ سبحانك اللهم الى آخره ثم يكبر ثلاثا ثم يقرأ الفاتحة وسورة ثم يركع ويسجد ويبدأ في الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلاثا ثم اخرى للركوع وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنهما يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اي عمل الناس كافة بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فلان الولاية لما انتقلت اليهم امروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وكتبوا في مناشيرهم ذلك وعن هذا صلى ابو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد وكبر تكبير ابن عباس لانه صلى خلف هرون الرشيد وامره بذلك وكذا روي عن محمد لا مذهبا ولا اعتقادا لان المذهب هو القول الاول وهو قول ابن مسعود وهو مذهب عمر وابي موسى الاشعري وحذيفة وابن الزبير وابي هريرة وابي مسعود الانصاري رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فكان اولى بالاخذ وقال ابو جعفر الطحاوي مسندا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى يوم العيد وكبر اربعا ثم اقبل بوجهه حين انصرف فقال اربع كاربع الجنائز فلا يشتبه عليكم واشار باصابعه وامسك ابهامه ففيه قول وفعل واشارة وتشبيه وتأكيد فلا جرم كان الاخذ به اولى فان قيل ظاهر متروك لانه ان اريد به الكل فهي خمسة وان اريد به الزوائد فهي ثلاث عندكم قلنا اريد به التكبيرات المتوالية في حالة واحدة وذا اربع اربع واريد به غير تكبيرة الافتتاح واخذ الشافعي بقول ابن عباس احتياطا بالاكثر في العبادات ويسكت بين كل تكبيرتين قدر ثلاث تسبيحات في رواية عن ابي حنيفة لئلا يشتبه على النائي عن الامام قال صاحب العناية قال في المبسوط ليس هذا القدر بلازم بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته لان المقصود ازالة الاشتباه عن القوم وذلك يختلف بحسب كثرة القوم وقلتهم وليس بين التكبيرات ذكر مسنون وقال الشافعي يقول ابن عباس رضي الله عنه بين كل تكبيرتين سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر ويرفع يديه في الزوائد لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف انه لا يرفع لان الرفع سنة الافتتاح ولا افتتاح في الزوائد فلا يرفع كما في تكبير الركوع والسجود والحجة عليه ما رويناه آنفا ويتعوذ قبل التكبيرات كالثناء عند ابي يوسف وعند محمد يستعيذ بعدها على القراءة لانه تبع للقراءة عنده وان ترك تكبيرات الزوائد سهوا فذكرها في الركوع قضاها فيه ولم يسجد للسهو كذا في شرح تحفة الملوك نقلا عن زبدة ويخطب بعدها خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم الناس احكام الفطرة لانها شرعت لاجلها ولا يقضي ان فاتت مع الامام لانها بصفة كونها صلاة العيد لم تكن قربة الا بشرائط لا تتم مع المنفرد وكلمة مع متعلقة بالصلاة التي رجع اليها ضمير فاتت لا بفاتت اي فاتت عنه الصلاة بالجماعة وليس معناه فاتت الصلاة عنه وعن الامام اي ادى الامام صلاة العيد ولم يؤدها هو وقال الشافعي يصلي وحده ويكبر فيها تكبيرات العيد وهو اصح قوليه وان منع عذر عنها اي عن صلاة العيد في اليوم الاول بان غم عليهم الهلال او شهدوا عند الامام بعد الزوال او قبله بحيث لا يمكن اجتماع الناس قبل الزوال او صليت في يوم غيم ثم ظهر انها وقعت بعد الزوال صلوها في اليوم الثاني لان هذا تأخير بعذر

ولا تصلي بعده اي لا تؤخر الى ما بعد الغد وجه عذر بالعذر لان الاصل فيها ان لا تقضى كا
الا انا تركنا بما روينا من تاخيره عليه السلام الى الغد ولم يرو تاخيره الى ما بعد الغد فبقي على
قال صاحب النهاية ومن فاتته صلاة العيد فاحب ان يصلي فالافضل ان يصلي اربع ركعات
لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال من فاتته صلاة صلى اربع ركعات يقرا في الركعة الاولى
سبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية والشمس وضحاها وفي الثالثة والليل اذا يغشى وفي الرابعة والضحى
وروي في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وعدا جميلا وثوابا جزيلا كذا في المحيط انتهى
وفي الخانية عينه لكن قال فيكون صلاة الضحى والاضحى كالفطر في الكل لكن يستحب
تاخير الاكل فيها الى ان يصلي لما روي انه صلى الله عليه وسلم كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع
فياكل من اضحيته ولان الناس اضياف الله تعالى وهذا في حق واما القروي فيذبح
اضحيته كما اصبح ويطبخ فياكل منها ولا يكره الاكل قبلها في المختار اشارة الى ضعف القول
بكراهة تقديم الاكل ويجوز صلاة العيد في موضعين في مصر واحد لان عليا رضي الله عنه
استخلف في جامع الكوفة من يصلي صلاة العيد بالضعفاء وخرج مع الناس الى المصلى
قال شارح التحفة ويستحب تعجيل الاضحى ليذبح القرابين وتعجيلها بلا فطر بالحوم بها وتاخير
صلاة الفطر هكذا في الجامع الصغير انتهى ويجهر بالتكبير في طريق المصلى بخلاف
الفطر على ما بينا ويقطع التكبير كما انتهى الى المصلى في رواية وفي رواية حتى يشرع الامام
ويعلم في الخطبة تكبير التشريق والاضحية لان كل واحد منهما مشروع الوقت والخطبة ما شرعت
ويجوز تاخيرها الى الثاني والثالث بعذر وبغير عذر لان الصلاة موقتة بوقت الاضحية
فتتقيد بايامها لكنه يكون مسيئا في التاخير بغير عذر لمخالفة المنقول ولا يجوز بعد اليوم
الثالث لانها لا تقضى والعذر هنا لنفي الكراهة وفي الفطر لنفي الجواز حتى لو اخروا صلاة
الفطر الى الغد بلا عذر لم يجز والاجتماع يوم عرفة تشبيها بالواقفين ليس بشيء
لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك وقوله ليس بشيء
اي ليس بشيء معتبر يتعلق به الثواب وعن ابي يوسف ومحمد في غير رواية الاصول انه لا يكره
والصحيح هو الاول وكذا في النهاية قال شارح التحفة وفي النوازل التعريف فعل الروافض
وقال صاحب الكافي وقيل يستحب ذلك لانه تشبه باهل الطاعة فيكون لهم ثوابهم وعن
انه فعل ذلك بعرفة قلنا هذه عبادة مخصوصة بمكان فلا يتصور عبادة في غيره
فان طاف حول مسجد سوى الكعبة يخشى عليه الكفر ولم يثبت عنه عليه السلام
التعريف بالمدينة ولا يجوز الاختراع في الدين وما نقل عن ابن عباس فذا في الوعظ
لا في التشبه ومن نقل انه لا باس به ومن ابي حنيفة انه ليس بسنة وانما هو حدث احدثه الناس
فمن فعله جاز ويمنع عنه من الجمع والجماعة ولا عيدا ان شاء والخروج الى الجبانة سنة
ولو وسعهم الجامع انتهى ما في الكافي ويجب تكبير التشريق لقوله تعالى واذكروا الله
قيل المراد تكبير التشريق وايضا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا جمعة ولا تشريق ولا فطر
الا في مصر جامع ذكره بين الواجبات فدل هنا على انه واجب والمراد بالتشريق هنا
هو التكبير هكذا نقل عن الخليل والنضر ومثله عن علي كرم الله وجهه نقله ثم اوجبه
ومثله يقتضي الوجوب كذا في الاختيار جعله صاحب الكنز سنة واطلق القدوري
والهداية للاختلاف فيه والاصح انه واجب لما تلونا عليك وقيل التشريق في اللغة
تقديد اللحم فعلى هذا التسمية بتكبير التشريق وقعت على قول الامامين لان شيئا من التكبير لا يقع
في ايام التشريق على قول الامام الاعظم ويمكن ان يقال باعتبار العرف اخذ اسم ايام التشريق
وهي الثلاثة بعد يوم النحر وايام النحر يوم العيد ويومان بعده فالاول نحر لا غير والرابع تشريق لا غير
والرابع تشريق بلا نحر والاثنان نحر وتشريق وعلى الاول يكون الاضافة للبيان كذا في الدرر
يقول الفقير والمغايرة التي تحتاج اليها صحة الحمل متحققة فيه لان حاصل المعنى اذا كان الاضافة للبيان
يكون التكبير الذي هو التكبير الا ان يقال المغايرة الاعتبارية كافية فيها وهي موجودة فيه لان
بين اللفظ العام والمضاف اليه بالخصوص وبعد فيه ما لم تكن عارفا بقاعدة الاضافة البيانية وموارد

من فجر عرفة بلا خلاف بين علمائنا في ظاهر الرواية لاتفاق كبار الصحابة عليه الى العصر من يوم العيد
عن ابي حنيفة اختلف الصحابة في ابتداء التشريق وانتهائه اما ابتداؤه فكبار الصحابة عمر وعلي
قالوا ابتداء التكبير بعد صلاة الفجر من يوم عرفة وبه اخذ علماؤنا في ظاهر الرواية وصغارهم كعبد الله
بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت قالوا يبتدا بالتكبير من صلاة الظهر من يوم النحر واليه رجع ابو
وهو مذهب الشافعي واما انتهاؤه فقال ابن مسعود صلاة العصر من اول ايام النحر فعنده يكون
وبه اخذ ابو حنيفة اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة قال الله تعالى انه لا يحب المعتدين
اي المجاهرين بالدعاء وقال ايضا ادعوا ربكم تضرعا وخفية وقال واذكر ربك في نفسك تضرعا وخيفة
ورأى النبي صلى الله عليه وسلم اقواما يرفعون اصواتهم عند الدعاء فقال انكم لن تدعوا اصم ولا
فاذا كان لازما البتة بالاثر فكان الاخذ بالاقل اولى ومن حجة ابي حنيفة ان البداءة لما كانت في يوم
يؤدى فيه ركن الحج فالقطع مثله يكون في يوم النحر الذي يؤدى فيه ركن الحج وهو طواف الزيارة
فلا يجب على المسافر والقروي عقيب كل فرض فلا يكبر بعد الوتر وصلاة العيد والنافلة وفي قوله
عقيب اشارة الى انه لا يجوز ان يتخلل بينهما ما يقطع حرمة الصلاة حتى لو قام وخرج من المسجد او تكلم
ادى بجماعة فلا يكبر المنفرد وقوله ادى اشارة الى انه لا يكبر في القضاء مستحبة احترازا عن جماعة النساء
فانه لا تكبير عليهن اذا لم يكن معهن رجل ولا بالاقتداء يجب على المرأة والمسافر تبعا واما المسافرون
اذا صلوا جماعة في مصر ففيهم روايتان وعندهما الى العصر اخر ايام التشريق فيكون ثلاثة
وهو قول علي كرم الله وجهه واحدى الروايتين عن الامام احتياطا في امر العبادة
اذ الشيء متى دار بين الوجوب فالوجوب اولى احتياطا وقال ابن عمر يقطع بعد صلاة
فاخذ الشافعي بقوله ابتداء وانتهاء ترجيحا لفعل الشبان على من يصلي الفرض على اي وجه كان
سواء ادى بجماعة او لا وسواء كان المصلي رجلا او امرأة او مسافرا او مقيما في المصر او القرية لانه
شرع تبعا للمكتوبة فيؤدى من يؤديه ولابي حنيفة ان الجهر بالتكبير ثبت على خلاف القياس
والنص للذي ورد به كان جامعا لهذه الشرائط فينبغي ان يراعى جميعا كذا في ابن الملك وعليه
العمل اي عمل الناس احتياطا في العبادات وصفته اي صفة التكبير ان يقول مرة احترازا عن قول الشافعي
فان صفته عنده ان يقول الله اكبر ثلاثا ولا يزيد عليه لان المنصوص عليه هو التكبير وهو ان يقول
قال صاحب الرمز شرح الكنز المعهود مرة حتى لو اتى به مرتين وثلاثا فقد خالف السنة
قال شارح تحفة الملوك فيما نقل عنه وفي ان وجب مرة واحدة واما ما زاد عليها فمستحب
ثم قال فيه نظر انتهى يقول الفقير وجه النظر والله اعلم ان ما خالف السنة كيف يكون مستحبا تدبر
الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن سيدنا ابراهيم الخليل عليه السلام
قيل اصل ذلك ما روي ان جبريل لما جاء بالقربان خاف العجلة على ابراهيم في الذبح فقال الله اكبر الله اكبر
فلما راه ابراهيم قال لا اله الا الله والله اكبر فلما علم اسماعيل بالفداء قال الله اكبر ولله الحمد فبقي في الاخرة
وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر افضل ما قلت وقال الانبياء من قبلي يوم عرفة
الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد كذا في العناية قال الكواشي في فضل سعدي
فاللازم مما ذكر ان يكون المأثور من الخليل بعض تكبير التشريق والعطف لم يكن فذلك يقول الفقير مثله
لا يليق مثله ان يتنزل على تعوث مثله لان من البين ان ما دام وهذا هو المأثور من طرف الخليل عليه السلام
ولا يترك المؤتم ان تركه امامه لانه يؤدى بعد الصلاة لا فيها فلم يكن الامام فيه حتما كسجدة التلاوة
بخلاف سجود السهو لانه يؤدى في الصلاة حتى قال بعضهم ان سبقه حدث قبل ان يكبر توضا وكبر على الاصح
كذا قال المولى الموصلي قال الامام ابو يوسف صليت بالناس المغرب يوم عرفة واستدى ابو حنيفة
مقتديا ان كبر فكبر ابو حنيفة فتذكر الامام ان ترك التكبير لا يدع المقتدي قال صاحب الغنا
قيل في ذكر هذه الحكاية فوائد منها ان حشمة الاستاذ في قلبه فانه لما علم ان المقتدي به اسلم عليه
لان العلم انما هو نسيان التكبير الاول وهو الكائن عقيب فجر عرفة وما بعده توالي الاثنين وقال
ووصوله الرابع لم يجر الصلاة بنسيانه لعدم بعد العهد ومنها مبادرة الاستاذ الى الستر عليه
حيث كبر لينذكر هو ويكبر وهكذا ينبغي ان يكون المعاملة بين كل استاذ وتلميذ يعني ان التلميذ
والاستاذ يستر عليه عيبه ومنها تذليل غلمان تعظيم الاستاذ وطاعته حيث تقدم ابو يوسف بالا

باب صلاة الخوف

ان اشتد الخوف قال صاحب العناية نقلا عن صاحب التحفة يثبت جواز صلاة الخوف بنفس قرب العدو من غير ذكر الا
قال فخر الاسلام في مبسوطه المراد بالخوف عند البعض حضرة العدو لا حقيقة الخوف فاقيمت مقام الخوف على ما عرف
من اصلنا في تعليق الرخصة بنفس السفر لا حقيقة المشقة لان السفر سبب المشقة فاقيم مقامها فكذا حضرة العدو
ههنا بسبب الخوف فاقيمت مقام حقيقة الخوف انتهى يقول الفقير فعلم منه ان الخوف ليس بشرط
عن الاشتداد فكان المناسب له ان يقول لما اذا حضر العدو والله اعلم ثم انه قيل صلاة الخوف على الوجه المذكور
في الكتب انما يحتاج اليها اذا تنازع القوم في الصلاة خلف الامام فقال كل طائفة منهم نحن نصلي معك
واما اذا لم يتنازعوا فالافضل ان يصلي الامام بطائفة تمام الصلاة فيسلم الى وجه العدو ويأمر رجلا
من الطائفة التي كانت بازاء العدو ان يصلي بهم تمام صلاتهم ايضا ويقوم الطائفة التي صلت مع الامام با
زاء العدو او سبع جعل الامام طائفة بازاء العدو وصلى بطائفة ركعة ان كان مسافرا او في الفجر
لانها شطر صلاة المسافر وصلاة الفجر قال صاحب الدرر او في الجمعة او في العيدين لان شطرها ركعة
وركعتين ان كان مقيما او في المغرب لانها لا تقبل التنصيف فكان الركعتان للطائفة الاولى بحكم السبق
ومضت هذه اي الطائفة التي صلوا مع الامام الى العدو وجاءت تلك اي الطائفة التي بازاء العدو
ولم يصلوا بعد لقوله تعالى ولتأت طائفة اخرى لم يصلوا فليصلوا معك وصلى الامام بهم ما بقي
وهو الركعة الواحدة في السفر والفجر والجمعة والعيدين والركعتان في غيرها وسلم اي الامام وحده
لانه تم صلاته ولم يسلم القوم لانه لم يتم صلاتهم وذهبوا الى العدو وجاءت الطائفة الاولى واتموا
بلا قراءة لانهم مسبوقون ويبطلها المشي بغير المشي بعد ما استقر بازاء العدو لا المشي نحوه والركوب
والمقاتلة لانها عمل كثير جوز في المشي نحوه للضرورة وقال الشافعي لا يبطلها المقاتلة لانه تعالى امر با
بقوله وليأخذوا حذرهم واسلحتهم والامر باخذ السلاح ليس الا لجواز القتال فيها ولنا انه عليه
واخذ الاسلحة لارهاب العدو لا لجواز القتال فيها وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم شغل يوم الخندق
عن اربع صلوات حتى قضاها ليلا وقال ملأ الله بيوتهم وقلوبهم نارا كما شغلونا عن الصلاة الوسطى
وفي رواية وقبورهم نارا ولو جازت الصلاة مع القتال لما اخرها لان الخندق كان بعد شرعية صلاة الخوف
فان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف في غزوة ذات الرقاع وهي قبل الخندق هكذا ذكره
وان اشتد الخوف حتى بلغ غايته وعجزوا عن الصلاة بهذه الصفة التي ذكرت بان لا يدعهم العدو
ان يصلوا نازلين بل يهجموهم بالمحاربة صلوا وحدانا ركبانا يومئون الى اي جهة قدروا ان عجزوا
عن التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وقوله تعالى فاينما تولوا فثم وجه الله
وعن محمد انهم يصلون جماعة استحسن ذلك لينالوا فضل الجماعة وليس بصحيح لان اتحاد المكان شرط صحة
ولم يوجد الا ان يكون الرجل مع الامام على دابة واحدة فيصح الاقتداء لانتفاء المانع ولا تجوز
اي صلاة الخوف بلا حضور عدو اي بطل توهم الحقيقة بان يكون بالمقابلة واما اذا كان بسبب
فظنوا احدهم بان رأوا سوادا او غبارا وصلوا صلاة الخوف ثم ظهر غير ذلك لا يجوز
وابو يوسف لا يجيزها اي صلاة الخوف بعد النبي عليه الصلاة والسلام قيل كان ابو يوسف يقول
ما قال لانه رجع وقال كانت مشروعة في حياة النبي صلى الله عليه وسلم خاصة لقوله تعالى واذا كنت فيهم
ولينال كل طائفة فضيلة الصلاة خلفه وقد ارتفع ذلك بعده فكل طائفة تتمكن من اداء صلاتهم
بامام على حدة فلا يجوز اداؤها بصفة الذهاب والمجيء ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم
اقاموها بعده صلى الله عليه وسلم وسببها وهو الخوف متحقق بعده عليه السلام كما كان في حياته
بل اشتد ولم يكن ذلك لينال فضيلة الصلاة خلفه لان ترك المشي والاستدبار في الصلاة فريضة
والصلاة خلفه فضيلة ولا يجوز ترك الفرض لاحراز الفضيلة والخطاب للرسول صلى الله عليه وسلم
فلا يختص به بل اكثر الخطاب في الخطابيات عام كما في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة الاية فانه
خطاب عام للنبي عليه السلام والخلفاء ولان مراعاة المعلق بالشرط لا يوجب عدمه عند عدمه
على ما عرف في الاصول بل هو موقوف على قيام الدليل وقد قام الدليل على وجوده وهو فعل الصحابة بعد النبي صلى الله عليه وسلم
فانه روي عن سعد بن ابي وقاص وابي عبيدة الجراح وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم انهم اقاموا صلاة الخوف باصبهان
وكذا روي عن سعيد بن ابي العاص انه حارب المجوس بطبرستان ومعه حسين بن علي وحذيفة بن اليمان وعبد الله بن عمرو
رضي الله عنهم صلى بهم صلاة الخوف ولم ينكر احد فحل محل الاجماع

باب صلاة الجنائز

باب صلاة الجنائز

الجنائز جمع جنازة والجنازة بالكسر السرير والميت وبالفتح الميت وقيل هما لغتان وعن الاصمعي
لا يقال بالفتح ولما كان الموت آخر العوارض ذكر صلاة الجنازة آخرا للمناسبة الا ان هذا يقتضي
ان يذكر الصلاة في الكعبة قبلها ولكن اخرها ليكون ختم كتاب الصلاة بما يتبرك به من الصلاة في مكان
وذكرها عقيب صلاة الخوف لان الخوف قد يفضي الى الموت يوجه المحتضر بالحاء المهملة وفتح
الضاد المعجمة الذي قرب من الموت كان الزمان حضرة او ملائكة الرحمة او العذاب وعلامته ان يسترخي
قدماه ويتعوج انفه وينخسف صدغاه الى القبلة على شقه الايمن اي جنبه الايمن
اعتبارا بحال الوضع في القبر فانه يوضع فيه كذلك بالاتفاق لانه اشرف عليه اي على الوضع في القبر
والشيء اذا قرب من الشيء اخذ حكمه واختير الاستلقاء يعني اختار المتأخرون الاستلقاء على قفاه
لانه اسهل لتغميض عينيه وشد لحييه وخروج روحه وهو المعتاد في زماننا لكن يرفع
رأسه قليلا ليصير وجهه الى القبلة والاول هو السنة قال صاحب النهاية اعلم ان الاضطجاع
على ستة انواع اضطجاع في حالة المرض فانه يضجع على شقه الايمن عرضا للقبلة واضطجاع
في حالة النزع فانه يوضع كما يوضع في حالة المرض الا ان العرف فيما بين الناس ان يضجع مستلقيا
على قفاه واضطجاع في حالة الغسل بعد ما قضى نحبه فلا رواية فيه عن اصحابنا انه كيف يوضع
على التخت الا ان العرف انه يضجع مستلقيا على قفاه طولا نحو القبلة كما في حالة الصلاة
وفي للتحسن واضطجاع في حالة الصلاة عليه فانه يضجع معترضا للقبلة على قفاه
واضطجاع في حالة الوضع في اللحد فانه يضجع على شقه الايمن كما في حالة المرض انتهى
يقول الفقير سماه ستة وهي خمسة الا ان يعتبر الاضطجاع في حالة النزع اثنين
احدهما ما هو السنة والثاني ما هو مختار بعض المشايخ لكنه بعيد ويلقن الشهادة قالوا
اذا اشتد المرض ودنا موته فالواجب على اصدقائه واخوانه ان يلقنوه كلمة الشهادة ولا
يقول له قل ولكن يقول وهو يسمع ويتلقن لان الحال صعب عليه وربما يمتنع عن ذلك
والعياذ به تعالى وقال الشافعي يلقن بعد الدفن لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله
ولنا ان الاحتضار وقت يتعرض فيه الشيطان بافساد عقيدته فيحتاج الى التذكير
والمراد من قوله لقنوا موتاكم اي من يقرب الى الموت مجازا من قبيل تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه
على طريقة قوله تعالى اني اراني اعصر خمرا وقيل ان كان موته على الايمان فهو مستغن عن التلقين
والا فلا ينتفع به يقول الفقير وهذا الترديد يرد على من قال يلقن بعد الموت لا على من
يلقن عند الاحتضار لانه يمكن ان يكون موته على الايمان معلقا بالتلقين على ما عرف
من مسألة التلقين في اصول الكلام وعلى كل حال فالتلقين مندوب بل واجب ثم انهم قالوا
ويخرج من عند المحتضر الحائض والنفساء والجنب ويوضع عنده الطيب ويقرأ عنده سورة يس
ويوضع على بطنه سيف ويمد رجلاه ويداه كذا في الزاهدي فاذا مات شدوا لحييه
وغمضوا عينيه هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بابي سلمة رضي الله عنه ولانه اذا ترك مفتوح العين
يصير كريه المنظر بقبح مرآه اعين الناس وعليه توارث الامة على ان ما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن ويستحب تعجيل دفنه لقوله عليه السلام عجلوا بموتاكم فان يك خيرا
قدمتموه اليه وان يك شرا فبعدا لاهل النار وفي رواية فبعدا لاهل النار ولا بأس باعلام
الناس فيه تحريضهم على الطاعة وحثا على الاستعداد لها فيكون دلالة على الخير والدال على الخير
كفاعله كذا في النهاية فاذا ارادوا غسله قالوا غسل الميت واجب على الاحياء بالسنة
واجماع الامة ونوع من المعنى اما السنة فما روي ابي بن كعب رضي الله عنه عن رسول الله
انه قال ان آدم لما حضرته الوفاة نزلت الملائكة بحنوط وكفن من الجنة فلما مات غسلوه بالماء
والسدر ثلاثا وكفنوه في وتر من الثياب وصلوا عليه عند البيت وامهم جبريل عليه السلام
وقالوا هذه سنة ولد آدم من بعده واجماع الامة على هذا واما المعنى فهو ان الميت في
صلاة الجنازة بمنزلة الامام للقوم فانه لا يجوز الصلاة بدونه ولهذا قال ابن مسعود رضي الله عنه

وهنا شرط نقدمه على التقدم كالامام وطهارة الامام شرط لجواز صلاة المقتدي فكذا طهارة الميت
ولان طهارة الميت حال عرض على الله تعالى وبرجوع اليه فوجب تطهيره بالغسل تعظيما سبحانه
وهنا ليس غسل الكافر وان كان لا يصلى عليه تعظيما لله لانه حال رجوع اليه تعالى وورد
في حق الكافر حديث ابي طالب كذا في النهاية يقول الفقير ما روي ابي لا يثبت وجوبه
لان الملئكة قالوا هذه سنة ولد ادم فاين الوجوب فالاولى الاستدلال بالحديث الذي اورده
صاحب الكافي وهو انه صلى الله عليه وسلم قال للمسلم على المسلم ست حقوق ومن جملتها ان يغسله
بعد موته ثم قال ثم هو فرض لازم بكلمة على ولكن اذا قام به البعض سقط عن الباقين فلو تعين
لغسله لا يحل له اخذ الاجرة ثم قال جوابا عما قلنا واريد بالسنة في حديث آدم الطريقة
اختلف المشايخ انه لاي شيء وجب غسل الميت قال ابو عبد الله البلخي انما وجب
لاجل الحدث لا لنجاسة ثبتت بالموت وذلك لان النجاسة التي ثبتت بالموت لا تزول
بالغسل كما في سائر الحيوانات والحدث كان يزول بالغسل حالة الحياة فكذا بعد الوفات
والادمي لا يتنجس بالموت كرامة له ولكن يصير محدثا لان الموت سبب لاسترخاء المفاصل
وزوال العقل قبل الموت وانه حدث فكان يجب ان يكون مقصورا على اعضاء الوضوء
كما في حالة الحياة الا ان القياس في حال الحياة غسل جميع البدن في الحدث كما في
الجنابة لكن اكتفي بغسل الاعضاء الاربعة نفيا للحرج لانه يتكرر في كل يوم والجنابة
لما لم يتكرر لم يكتف بغسل الاعضاء الاربعة وكذا الحدث بسبب الموت لا يتكرر فلا يفضي
غسل جميع البدن الى الحرج فاخذنا فيه بالقياس وكان الشيخ ابو عبد الله
الجرجاني وغيره من مشايخ العراق يقولون بان غسله واجب لنجاسة بالموت لا بسبب
الحدث وذلك لان الادمي له دم سائل فيتنجس بالموت قياسا على سائر الحيوانات التي لها دم
والدليل عليه ان المسلم اذا وقع في بئر ومات فانه يجب نزح الماء كله وكذلك لو احتمل رجل
ميتا قبل الغسل وصلى معه لا يجوز ولو كان الغسل واجبا لازالة الحدث لا غير لكان يجوز
الصلاة مع الميت قبل الغسل كما لو حمل محدثا وصلى معه فظهر ان الغسل واجب لازالة
نجاسة ثبتت بالموت وازالتها بالغسل مع عدم ازالتها في سائر الحيوانات كرامة للادمي
كذا في العناية والنهاية قال شارح التحفة ولو وجد الميت في الماء لا بد من غسله لان الخطاب
توجه بالغسل وهو لا يكون الا بالقصد ووضع على سرير لينصب عنه الماء فانه لو وضع على الارض
يلطخ بالطين وكيفيته وضع نفس السرير الوضع طولا على ما اختار بعض اصحابنا
كما كان يفعل في مرضه اذا صلى موميا وقيل عرضا كما في القبر والاصح انه يوضع كيف
ما اتفق فانه مختلف باختلاف الاماكن والمواضع مجمرة لما فيه من تعظيم الميت
واما الايتار فلقوله صلى الله عليه وسلم ان الله وتر يحب الوتر وكيفيته
ان يدار السرير بالمجمرة مرة او ثلاثا او خمسا ولا يزاد عليها ويفعل عند ارادة غسله
اخفاء للرائحة وستر عورته بخرقة لان ستر العورة واجب على كل حال والادمي محترم حيا
الا يرى انه لا يحل للرجال غسل النساء ولا للنساء غسل الرجال الاجانب بعد الوفات
وفي الخانية الصغير والصغيرة اذا لم يبلغا حد الشهوة يغسلهما الرجال والنساء
لانه ليس لاعضائهما حكم العورة ثم ظاهر الرواية انه يستر العورة الغليظة وحدها
ويترك فخذاه مكشوفين وفي النوادر قال ويوضع على عورته خرقة من السرة
وهكذا ذكر الكرخي في كتابه قال عليه السلام لعلي كرم الله وجهه لا تنظر الى فخذ
حي وميت لكن قال صاحب الهداية ويكتفى بستر العورة الغليظة فقط هو الصحيح
احترازا عن رواية النوادر وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يوزر بازار سابغ كما يفعل في حياته
اذا اراد الاغتسال وفي ظاهر الرواية قال يشق على الغاسل غسل ما تحت الازار فيكتفي بستر العورة
ونجرد فان السنة عندنا ان يجرد الميت ليمكن التنظيف لان المقصود من الغسل هو التطهير وهو
لا يحصل اذا غسل مع ثيابه لان الثوب متى تنجس بالغسالة تنجس به بدنه ثانيا بنجاسة الثوب
فلا يفيد الغسل فيجب التجريد

وفيه نفي لقول الشافعي لان السنة عنده ان يغسل في قميص واسع الكمين حتى يدخل الغاسل
يده في الكمين ويغسل بدنه وان كان ضيقا خرق الكمين لان النبي صلى الله عليه وسلم
لما توفي غسل في قميصه الذي توفي فيه وما كان سنة في حق النبي صلى الله عليه وسلم كان
سنة في حق غيره ما لم يقم دليل التخصيص قلنا قد قام الدليل حيث روت عائشة رضي
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما توفي اجتمعت الصحابة لغسله فقالوا لا ندري كيف نغسله
نغسله كما نغسل موتانا او نغسله وعليه ثيابه فالقى الله عليهم النوم فناداهم مناد
ان اغسلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثيابه فاجمعت الصحابة على ان
السنة في سائر الموتى التجريد وقد خص رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف ذلك لعظم
حرمته ويوضيا بلا مضمضة واستنشاق اما الوضوء فلانه سنة الاغتسال
واما تركهما فلان اخراج الماء منه متعذر فيكون سقيا لا مضمضة لان المضمضة
ادارة الماء في الفم ومجه والاستنشاق جذب الماء بالنفس الى الانف ولا يتحقق
في الميت ولو كبوه على وجهه لربما خرج من جوفه ما هو اشر منه وقال الشافعي
يمضمض ويستنشق اعتبارا بحال الحياة واجيب بانه اعتبار فاسد لان النبي صلى الله
عليه وسلم قال الميت يوضأ وضوءه للصلاة ولا يمضمض ولا يستنشق ومن العلماء من
قال يجعل الغاسل على اصبعه خرقة رقيقة ويدخل الاصبع في فمه ويمسح بها اسنانه و
لهاته وشفتيه وينقيها ويدخل في منخريه ايضا قال شمس الائمة الحلواني وعليه الناس اليوم
قال صاحب النهاية فرق بين هذا الوضوء وبين الوضوء في غسل الجنب من اربعة اوجه احدها
ان الميت لا يمضمض ولا يستنشق بخلاف الجنب والثاني ان الجنب يبدأ فيغسل يديه اولا
الى الرسغ وفي الميت لا يبدأ بغسل يديه بل بوجهه والثالث ان الميت لا يمسح رأسه
بخلاف الجنب فانه يمسح رأسه في ظاهر الرواية والرابع ان الجنب يغسل رجليه بعد الفراغ لا
عند الوضوء والميت يغسل رجلاه عند الوضوء هكذا كله على رواية صلاة الاثر
والصحيح ان يكون الجواب كالجواب في الجنب غير المضمضة والاستنشاق لانه صلى الله عليه وسلم
استثناهما فقط ويستنجى عندهما خلافا لابي يوسف لانه ربما يزداد الاسترخاء
بالاستنجاء فيخرج من المنخن شيء فلا يفيد الاستنجاء ولهما ان موضع استنجاء الميت قلما
يخلو عن نجاسة حقيقية فيجب ازالتها كما لو كانت في موضع آخر من البدن قال شمس الائمة
الحلواني هذا الذي ذكره من الوضوء في حق البالغ والصبي الذي يعقل الصلاة فانه يغسل
ولا يوضأ وضوءه للصلاة لانه كان لا يصلي ويغسل بماء مغلي من الغليان لا من الغلي
فان الغلي والغليان لازم بسدر او حرض ان وجد مبالغة في التنظيف وقال الشافعي
الغسل بالماء البارد افضل حذرا من زيادة الاسترخاء الموجب لخروج النجاسة المنجسة للكفن
قلنا غسل الميت شرع للتنظيف والماء الحار ابلغ في التنظيف فيكون افضل وزيادة
الاسترخاء تدفع على المقصود من التنظيف لانه يخرج ما هو بعرضة الخروج فلا يتنجس الكفن بعد الفراغ
من الغسل والا اي وان لم يوجد ماء مغلي بالسدر او بالحرض وهو الاشنان فالقراح
اي يغسل بالماء القراح اي الخالص قال صاحب العناية ما محصوله انه ان لم يوجد الماء المغلي
بالسدر او الحرض يغسل بالماء القراح حتى يزيل ما على البدن من الدرن والنجاسة ثم
بماء السدر او الحرض ليزول ما على البدن من ذلك لانه ابلغ في التنظيف ثم بماء الكافور
ان وجد تطييبا لبدن الميت كذا فعل الملئكة بادم عليه وعليهم السلام حين غسلوه انتهى
يقول الفقير نقل صاحب العناية عن مبسوط شيخ الاسلام والمحيط لكن ما يفهم من ظاهر الكتاب والعـ
انه ان وجد المغلي بالسدر او الحرض يغسل به فقط والا فبالماء القراح فقط قال صاحب النهاية هنا
الذي ذكره صاحب الهداية يخالف مبسوط شيخ الاسلام والمحيط لانه ذكر فيهما انه يغسل اولا بالماء القراح
ثم بالماء الذي يطرح فيه السدر انتهى ولعل مراد اصحاب الكتب المتداولة ايضا ذلك لكنهم سكتوا عن استعمال
الماء القراح اولا كانهم قالوا ويغسل بماء مغلي بسدر بعد الغسل بالقراح ان وجد والا فبالماء القراح خاصة

وغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف لانه مثل الصابون في التنظيف قال صاحب القاموس الخطمي بكسر الخاء المعجمة ويفتح نبات محلل منضج ملين نافع لعسر البول والحصاة وقرحة الامعاء والارتعاش ووجع الجراحات وتسكين الوجع ومع الخل للبهق ووجع الاسنان ومضمضة ونهش الهوام وحرق النار وفي الجوهري الخطمي بالكسر الذي يغسل به الراس قال صاحب النهاية والمراد به خطمي العراق وهو مثل الصابون في التنظيف وهذا اذا كان له شعر على راسه لان الحي اذا اغتسل وله شعر يفعل ذلك حتى يصل الماء الى البشرة وان لم يوجد فبالصابون ونحوه واضجع على يساره فيغسل حتى يصل الماء الى ما يلي التخت منه ابتداء ثم على يمينه كذلك لان السنة هي البداءة بالميامن روي عن ام عطية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنساء في غسل ابنته ابدان بميامنها ثم يجلس مستندا ويمسح بطنه برفق لا بعنف حتى ان بقي عند المخرج شيء يسيل تحرزا عن تلويث الكفن والاصل فيه ما روي ان عليا كرم الله وجهه ورضي الله عنه لما غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح بطنه بيده رفيقا وطلب منه ما يطلب من الميت فلم ير شيئا فقال طبت حيا وميتا فيمسحها فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله قال صاحب العناية روي بضم العين وفتحها ولا وضوءه وهذا الذي ذكره من مسح البطن بعد المرة الثانية من الغسل لفظ الرواية وروي عن ابي يوسف في رواية الامالي انه قال يفعله اولا ويمسح بطنه ثم يغسله لان المسح قبل الغسل اولى حتى يخرج ما في بطنه من النجاسة فيقع الغسل ثلاثا بعد خروج النجاسة وجه ظاهر الرواية ان النجاسة قد تكون منعقدة لا تخرج الا بعد الغسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد المرتين اقدر على اخراج ما به من النجاسة فيكون اولى واعلم ان التثليث في غسله سنة لحديث ام عطية رضي الله عنها اغسلنها ثلاثا او خمسا وقال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي يغسل اولا وهو على جنبه الايسر ثم يغسل وهو على جنبه الايمن ثم يغسل وهو على جنبه الايسر حتى يحصل الغسل ثلاثا كذا في العناية ثم اعلم انه لا بد من النية في غسل الميت حتى لو اخرج الغريق وجب غسله الا اذا حرك عند الاخراج بنية الغسل قال صاحب العناية وفيه نظر لان الماء مزيل بطبعه فكما لا يجب النية في غسل الحي فكذا لا يجب في غسل الميت ولهذا قال في فتاوى قاضيخان ميت غسله اهله من غير نية الغسل اجزاهم وينشف بثوب كيلا تبتل اكفانه من نشف الماء اخذه بخرقة من باب ضرب ومنه كان للنبي صلى الله عليه وسلم خرقة ينشف بها اذا توضأ ويجعل الحنوط بفتح الحاء المهملة على وزن فعول وهو عطر مركب من اشياء طيبة قال صاحب القاموس الحنوط كصبور وكتاب كل طيب يخلط للميت على راسه ولحيته ولا باس بسائر الطيب غير الزعفران والورس لانهما كانا مكروهين للرجال حال الحياة فكذا بعد الممات والكافور على مساجده اي موضع سجوده جمع مسجد بفتح الجيم لا غير كذا في المغرب قال سيبويه يقال لموضع السجود المسجد بالفتح لا غير كذا في الجار بردي يعني بها جبهته وانفه ويديه وركبتيه وقدميه لانه كان يسجد بهذه الاعضاء فيختص بزيادة الكرامة فيقول الفقير تسمية هذه الاعضاء بموضع السجود مجاز لانها في الحقيقة ما به يحصل السجود وموضعه حقيقة الارض ولا يسرح شعره ولحيته ولا يقص ظفره وشعره تسريح شعر الميت تخليصه بعضه عن بعض وقيل تخليله بالمشط وقال الشافعي يسرح بمشط واسع ويقص ظفره لان النبي صلى الله عليه وسلم قال اصنعوا بموتاكم ما تصنعون بعرائسكم ويصنع هنا بالعروس كذا بالميت ولنا قول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم وتنصون على وزن تبكون قال ابو عبيدة هنا ناخذ بالناصية الى ذا مددت ناصيته كانها كرهت تسريح راس الميت وقص ظفره وشعره بمنزلة الاخذ بالناصية ونهاها عن ذلك ولان هذه الاشياء من تسريح الشعر واللحية وقص الظفر والشعر للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وروي عن ابي يوسف ان الظفر اذا كان منكسرا فلا باس باخذه ولا يختن لان الختان سنة في حق الاحياء دون الاموات

ثم يكفنه

ثم يكفنه تكفين الميت لفه بالكفن وهو واجب يدل عليه تقديمه على الدين والارث والوصية ولذلك قالوا من لم يكن له مال فكفنه على من يلزمه نفقته كما يلزمه كسوته في حال حياته وسنة كفن الرجل قميص وهو من المنكب الى القدم بلا جيب ودخريص وازار ولفافة وهما من القرن الى القدم واستحسن بعض المتاخرين العمامة روي انه صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة اثواب بيض سحولية وهي نسبة الى سحول بفتح السين وعن الازهري بالضم وهي قرية باليمن ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته وكفاية ازار ولفافة لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء وسنة كفن المراة درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط على ثدييها فوق الاكفان روي انه صلى الله عليه وسلم امر بذلك في كفن بنته رقية رضي الله عنها ودرع المراة قميصها والخمار بكسر الخاء المعجمة ما تغطي به المراة راسها وحد طول الخمار ذراعان وحد العرض شبر والخرقة طولها ثلاثة اذرع وعرضها من تحت ابطها الى ركبتها وقيل الى سرتها واما الخرقة التي توضع على عورة الميت فذراع ونصف وعرضه ذراعان فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم كذا في حاشية اخي چلبي على صدر الشريعة وكفايته ازار وخمار ولفافة لانه ادنى ما تستتر به في حال الحياة ويكره اقل من ذلك وعن ابي يوسف يكفيها ازار ولفافة لحصول الستر بهما وعند الضرورة يكفي الواحد لان مصعب بن عمير رضي الله عنه حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة ولا يقتصر على الواحد بلا ضرورة فان كان بالمال كثرة وفي الورثة قلة فكفن السنة اولى وان كان على العكس فكفن الكفاية اولى والمراهق في الكفن بمنزلة البالغ والطفل الذي لم يبلغ حد الشهوة فالاحسن ان يكفن فيما يكفن فيه البالغ وان كفن في ثوب واحد جاز كذا في الحاشية ويستحب الابيض لما روي انه عليه السلام كفن في ثلاثة اثواب بيض ولا يكفن الرجل الا فيما يجوز له لبسه حال حياته فلا يجوز الحرير ونحوه اعتبارا بحالة الحياة ويجمر من الاجمار الاكفان وترا بان يدار المجمر ثلاثا او خمسا او سبعا قبل ان يدرج الميت فيها لانه عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب وتبسط اللفافة ثم الازار عليها ثم يقمص ويوضع على الازار ثم يلف الازار من قبل يساره ثم من يمينه وانما يقدم عطف اليسار على اليمين لمعنيين احدهما ان لليمين فضلا على اليسار فالحري عطف اليمين يكون فوق اليسار والثاني ان ما يلبسه حالة الحياة من القبا يعطف اولا من قبل الايسر ثم من قبل الايمن فكذا هنا ثم اللفافة كذلك والمراة تلبس الدرع ويجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوقها اي فوق الدرع وقال الشافعي يضفر شعرها خلف ظهرها اعتبارا بحال الحياة قلنا انما يفعل ذلك لاجل الزينة وهذه حالة حسرة وندامة فيعتبر بمثل هذه الحالة من حال الحياة ثم في حال الحياة في حالة الحسرة والندامة بان اصابتها مصيبة لا يجعل شعرها خلف ظهرها بل يجعل على صدرها فكذا بعد الوفاة ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة يقول الفقير هكذا في نسخ المتون المعتبرة من الحقائق الكنز والكافي واكثر نسخ الهداية وسائر الكتب الفقهية مثل الاصلاح والايضاح والدرر والجمع بلا فرق لكن يتوجه عليهم انهم سكتوا عن الازار وهو في الرجل يكون تحت اللفافة وعبارتهم هذه ناطقة بان الخمار فوق الدرع تحت اللفافة كما في الرجل يلزمهم ان يقولوا ثم الخمار فوق ذلك تحت الازار تحت اللفافة وان كان مخالفا للرجل وكان فوق اللفافة يلزمهم بيانه والعجب انهم بسطوا الكلام في طهر واحد ولم يتعرض شراحهم ومحشوهم لما ذكرنا اصلا على اني رايت في هامش نسخة من نسخ غاية البيان معلما بعلامة الصح هكذا والمراة تلبس الدرع اولا ثم الخمار فوقه ثم اللفافة ثم الازار فيكون موضع الازار في المراة مخالفا لموضعه في الرجل يعني ان الازار يكون تحت اللفافة في الرجل وفوقها في المراة فعلى هذا يكون كانهم اكتفوا بذكر اللفافة عن ذكر الازار لانه اذا كان الخمار فوق تحت اللفافة يلزمهم ان يكون الازار فوقها لانه لم يبق لاحد الا هنا لكن رايت في نسخة من نسخ الهداية هكذا ثم الخمار فوق ذلك تحت الازار تحت اللفافة فعلى هذه النسخة لا يرد الاشكال اصلا لان عبارة القوم لان عبارة الاصل متفقة على الاولى فتدبر ويعقد الكفن ان خيف ان ينتشر صيانة عن الكشف

كتب الفقه ع

ذلك

ع

فصل

الصلاة عليه فرض كفاية يعني ان ادى البعض سقط عن الباقين وان لم يؤد احد اثم الجميع
وهي فرض كفاية بقوله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم قال اكمل الفاضل سعدي افندي اجمع
اهل التفسير على ان المامور به هو الدعاء والاستغفار للمصدقين وبقوله عليه السلام صلوا
على كل بر وفاجر وباجماع الامة وشرطها اي شرط الصلاة على الميت اسلام الميت
للنهي عن الصلاة على الكافر قال الله تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا ولا تقم على قبره
انهم كفروا بالله ورسوله وطهارته حتى لو صلوا على ميت قبل ان يغسل يعاد الصلاة بعد الغسل
لان الطهارة في حقه معتبرة للصلاة عليه كما تعتبر فيمن يصلي عليه واولى الناس بالتقديم
فيها السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به ولانه نائب النبي عليه السلام
فهو كان اولى بالمؤمنين من انفسهم فكذا نائبه وروي عن ابي يوسف ان الولي اولى
وبه اخذ الشافعي لا يقال انها امر يتعلق بالميت فكان الولي اولى كالغسل والتكفين
والدفن لانا نقول يلزم في التقدم على السلطان في مباشرة الصلاة اسقاط هيبته
وفيه فساد امر العامة فلا يجوز بخلاف هذه الامور لانه لا تعظيم في مباشرتها للسلطان
بل فيها ازدراء روي انه لما مات الحسن بن علي رضي الله عنهما خرج الحسين والناس لصلاة الجنازة
فقدم الحسين سعيد بن العاص وكان سعيد واليا بالمدينة يومئذ فابى سعيد ان يتقدم
فقال له الحسين تقدم لولا السنة ما قدمتك ثم القاضي لانه صاحب الولاية وفي معنى السلطان
قال ابن ملك في شرح مجمع البحرين بعد حاكم المصر ثم القاضي او امير المصر ان لم يحضر السلطان
لان كل واحد منهما نائبه وله الولاية العامة انتهى ثم امام الحي اي امام الجماعة لانه رضي بامامته في
حياته فهو احق بالصلاة عليه بعد وفاته ثم الولي قال صاحب الاصلاح والايضاح تقديم السلطان
واجب اذا حضر وتقديم الباقي بطريق الافضل نقله عن صاحب التحفة الاقرب فالاقرب
اي يقدم الاقرب الى الميت فان لم يوجد يقدم اقرب بعد هذا الاقرب ترتيب الاولياء
في الصلاة عليه كترتيبهم في العصوبة الا الاب فانه يقدم على الابن يعني ابو الميت اذا اجتمع
مع ابنه كان الاب اولى لان الاب افضل لانه اسن قال صاحب الاصلاح والايضاح في الصحيح
ان هنا يقدم الاب على الابن عند الكل وان كان الابن يقدم على الاب في ولاية الانكاح عند
ابي حنيفة وابي يوسف نقله من الفتاوى الصغرى ولو اجتمع للميت قريبان وهما في القرب اليه
سواء بان كان له اخوان لاب وام او لاب فاكبرهم سنا اولى لان النبي عليه السلام امر بتقديم
الاسن فان اراد الاكبر ان يقدم انسانا ليس له ذلك الا برضاء الاخر لان الحق لهما
لاستوائهما في القرابة لكنا قدمنا الاسن بالسنة ولا سنة في تقديم من يقدمه فبقي الحق
لهما كما كان وان كان احدهما لاب وام والاخر لاب فالذي هو لاب وام اولى وان كان
وان قدم الاخ لاب وام غيره فليس للاخ لاب ان يمنع لانه حق للاخ لاب اصلا وابن عم المرأة
احق بالصلاة عليها من زوجها اذا لم يكن للزوج ابن منها لان النكاح انقطع بموتها
والتحق الزوج بسائر الاجانب وان كان للزوج منها ابن فحينئذ يكون الزوج احق بالصلاة
قال القهستاني وكذا مولى العتاقة وسائر القرابات اولى من الزوج وقال الشافعي
الزوج اولى كذا في العناية والنهاية وان لم يكن للميت ولي وقريب فالزوج اولى ثم
وللولي ان ياذن لغيره فان صلى غير من ذكر من السلطان والقاضي وامام الحي بلا اذنه
اعاد الولي ان شاء لتعلق الحق في حقه بلا اذنه ولا يصلي غير الولي بعد صلاة
اي صلاة الولي لان الصلاة تتادى بالاولى والتنفل بها غير مشروع وقال
الشافعي يجوز صلاة الجنازة مرة بعد مرة قال صاحب البناية ولا يرد علينا
صلاة النبي عليه الصلاة والسلام على قبر المسكينة لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان اولى بالصلاة على من مات بالمدينة فاعاد الصلاة لان الفرض لم يسقط بفعل غيره

فان قلت

فان قلت صلى النبي صلى الله عليه وسلم على حمزة رضي الله عنه سبعين مرة قلت
تاويله عندنا انه صلى الله عليه وسلم صلى على سبعين نفسا من قتلى احد مرة بعد مرة وكان حمزة رض
موضوعا بين يديه صلى الله عليه وسلم في كل مرة فلم يكن تكرار صلاة على حمزة رض على انا نقول
لا يصلى عند الخصم على الشهيد فكيف يتمسك بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم قال صاحب
العناية قال الامام الولوالجي في فتاواه رجل صلى على جنازة والولي خلفه ولم يرض به
ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى مرة وان لم يتابعه فان كان المصلي سلطانا او الامام الاعظم
في البلد او القاضي او الوالي على البلد او امام الحي ليس له ان يعيد لان هؤلاء اولى
منه وان كان غيرهم فله الاعادة كذا ذكره في التجنيس والفتاوى الظهيرية قال صاحب النهاية
ذكر في الكتاب اعادة الولي اذا لم يصلها ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها ويجب
ان يكون حكمه في ولاية الاعادة كحكم الولي لانه يقدم في حق الصلاة على الولي فلما ثبت
حق الاعادة للادون فلان يثبت للاعلى منه اولى وقال الرقي وجدت رواية في نوادر الصلاة
تشهد بما ذكر وفي لفظه قوله وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده تخصيص الولي ليس بمفيد
لانه لو صلى السلطان او غيره ممن هو اولى من الولي في الصلاة على الميت ممن ذكرنا ليس لاحد ان يصلي بعده
يقول الفقير ولقد احسن صاحب الدرر وصاحب التسهيل هنا حيث قال صاحب الدرر فلو
صلى غير الولي يعيدها الا ولي ان شاء وان صلى الاولى لا يصلي غيره بعده لان الفرض
يتادى بالاولى والتنفل بها غير مشروع وقال صاحب التسهيل ولو صلى الامام
بلا اذن الاعلى يعيد الاعلى لو شاء اذ لم يات به حتى اذا صلى عليه وليه فللسلطان ان يعيد
انظر ايها المنصف كيف اصلحا العبارة سره تعالى قال صاحب التسهيل وذكر في الكفاية
شرح الهداية في قوله فان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده ان هذا اذا كان حق الصلاة له
بان لم يحضر السلطان اما اذا حضر وصلى عليه الولي يعيد السلطان اقول قوله هذا اذا
هذا ان كان حق الصلاة لم يدل على ان كل من هو اولى من الولي كامير المصر والقاضي وغيره
فهو كالسلطان او الامام الاعظم في البلد او القاضي او الوالي على البلد او امام الحي ليس للولي
ان يعيدها لان هؤلاء اولى منه وان كان غيرهم فله الاعادة ولم يذكر اعادة السلطان اذا لم يصلها
ويجب ان يكون حكمه في ولاية الاعادة كحكم الولي لانه مقدم على الولي في حق صلاة الجنازة فلما
ثبت حق الاعادة للادنى فلان يثبت للاعلى منه اولى انتهى ما ذكره صاحب التسهيل
وان دفن بلا صلوة صلى على قبره لانه صلى الله عليه وسلم صلى على قبر امرأة من الانصار ما لم يظن تفسخه
والمعتبر فيه اكبر الراي على الصحيح لانه يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص وقلنا
على الصحيح احترازا عما روي عن ابي يوسف في الامالي انه قدره بثلاثة ايام وبعده لا يصلى
هكذا ذكره ابن رستم في نوادره وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء احد
ثمان سنين معناه دعا لهم فهو حقيقة لغوية وقيل انهم كما دفنوا لم يتفرق اعضاؤهم وهكذا
وجدوا حين اراد معاوية رض ان يحولهم فتركهم فان قيل كيف يصلى عليه وهو غائب
عن اعين الناس بالتراب قلنا نعم ولكن هذا لا يمنع جواز الصلاة الا يرى انه قبل الدفن
كان غائبا بالكفن ولم يمنع ذلك جواز الصلاة وهذا اذا دفن الميت بعد الغسل وقبل الصلاة
واما اذا علموا بعد الصلاة عليه انه لم يغسل غسلوه واعادوا الصلاة لو علموا انه لم
لم ينبش لانه مثلة وروى ابن سماعة عن محمد انهم يخرجونه ما لم يهيلوا التراب عليه لانه
ليس بنبش ويقوم اي الامام الجنازة الصدر للرجل والمرأة لانه موضع القلب وفيه
نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم
بحذاء راسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة
قلنا تاويله ان جنازتها لم تكن مستورة فحال انس رض بينها وبينهم ويكبر تكبيرة
يثني عقيبها واختلفوا في هذا الثناء بعد التحريمة ما هو قال بعضهم
يحمد الله كما ذكر في ظاهر الرواية وقال بعضهم يقول سبحانك اللهم الخ

لكن قول المص يشعر بتفريع منه باختيار سبحانك اللهم فان المتبادر من الثناء ذلك وان قالوا الربعي
هنا نوع من الثناء بخلاف سائر الصلوات فانه عين فيه سبحانك اللهم قال صاحب العناية
وارتضاه مختار صاحب الهداية اشار اليه بقوله والبداية بالثناء فان المعهود من الثناء ذلك
يقول الفقير قال صاحب الهداية اولا والصلاة ان يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها وهنا صرح في انه
اختار ظاهر الرواية وهو انه يحمد الله تعالى عقيب التكبيرة الاولى ثم قوله والبداية بالثناء وان
كان يشعر الى ما قاله صاحب العناية لكن القول الاول اصح لان حمد الله تعالى ثناء اذ الحمد
الثناء بالله تعالى على ما عرفت فيكون مراد صاحب الهداية من الثناء في قوله والبداية بالثناء
الحمد لا قوله سبحانك اللهم فيكون اختياره ظاهر الرواية الظاهر ما قاله صاحب العناية تدبر
ثم يكبر تكبيرة ثانية يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم بعدها لان الثناء على الله تعالى يعقبه الصلاة
على النبي صلى الله عليه وسلم كما في التشهد وعلى ذلك وضعت الخطبة على انه قال الله تعالى
ورفعنا لك ذكرك يعني اني لا اذكر وتذكر معي ثم يكبر تكبيرة ثالثة يدعو لنفسه وللميت
وللمسلمين بعدها لان المقصود من صلاة الجنازة الدعاء وقد قدم ذكر الله وذكر رسوله عليه السلام
فيأتي بالمقصود فهو اقرب الى الاجابة ثم ان المراد من قوله يدعو لنفسه الخ ان يقول بعد الثالثة
اللهم اغفر لحينا وميتنا وشاهدنا وغائبنا وصغيرنا وكبيرنا وذكرنا وانثانا اللهم
من احييته منا فاحيه على الاسلام ومن توفيته منا فتوفه على الايمان وخص هذا
الميت بالروح والراحة والمغفرة والرضوان اللهم ان كان محسنا فزد في احسانه
وان كان مسيئا فتجاوز عنه ولقه الامن والامان والكرامة والزلفى وخلصه من عذاب
القبر والنيران واسكنه في دار الجنان مع الولدان اللهم اجعل قبره روضة من رياض الجنة
ولا تجعل قبره حفرة من حفر النيران برحمتك يا ارحم الراحمين هذا اذا كان الميت مذكرا
واما اذا كان مؤنثا فهكذا بلا فرق الى قوله وخص وبعده قال هذه الميتة والحاصل
انه يلزم تأنيث الضمائر الراجعة الى المؤنث بعد قوله وخص الخ وانما قيل في التوفي فتوفه
على الايمان وفي الاحياء فاحيه على الاسلام لان الاسلام والايمان وان كانا متحدين لكن الاسلام
ينبئ عن الانقياد فكأنه دعاه في حال الحياة بالانقياد واما عند الوفاة فقد دعا
بالتوفي على الايمان وهو التصديق والاقرار لان الانقياد غير متصور حال الموت
وبعده كذا في شرح الشرعة ثم انه ان كان لا يحسن الدعاء الذي ذكرناه يأتي باي دعاء شاء
ثم يكبر تكبيرة رابعة ويسلم عقيبها لان ما بعد الرابعة اوان التحلل وذلك بالسلام
وليس بعده دعاء سوى السلام في ظاهر الرواية واختار بعض المشايخ ان يقال ربنا آتنا في الدنيا
حسنة وفي الاخرة حسنة وقنا برحمتك من عذاب القبر وعذاب النار
وبعضهم ان يقال ربنا لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة
انك انت الوهاب ثم انه اختلف في عدد التكبير فيها وعن عمر رضي الله عنه
انه قال انكم معاشر اصحاب محمد ائمة يقتدى بكم من بعدكم فاذا اختلفتم في شيء
كان من بعدكم اشد اختلافا فاجتمعوا على شيء ترجعون اليه في صلاة الجنازة
فاجتمعوا على الرجوع الى اخر الصلاة التي صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكانت اربع تكبيرات وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال كل ذلك قد كان
لكن رأيت الناس قد اجتمعوا على اربع تكبيرات فان كبر خمسا لا يتابع لانه
منسوخ بما روي انه عليه السلام كبر اربعا في اخر صلاة صلاها وقال زفر يتابعه
لانه مجتهد فيه لما روي ان عليا كبر خمسا فتابعه المقتدي قلنا ثبت ان الصحابة
شاوروا فرجعوا الى اخر صلاة صلاها فصار ذلك منسوخا باجماعهم ومتابعة المنسوخ
خطأ واذا لم يتابعه ماذا يصنع ففي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يسلم في
الحال تحقيقا للمخالفة وفي اخرى ينتظر تسليم الامام ليصير متابعا فيما
وجب المتابعة فيه قال صاحب الهداية وهو المختار

ولا قراءة فيها

ولا قراءة فيها وقال الشافعي يقرأ فيها الفاتحة لانها صلاة من وجه ولا صلاة بدون الفاتحة
ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم لم يعين لنا في صلاة الجنازة
قراءة لكن لو قرأ الفاتحة بنية الدعاء لا بأس به واما بنية التلاوة فيكره كذا في الاختيار
ولا تشهد لان التشهد بلا قعود غير مشروع ولا قعود فيها ولا رفع يد الا في الاولى
وعند الشافعي يرفع في كلها لما روي ان ابن عمر رضي الله عنهما كان يرفع يديه في كل تكبيرة
ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم لا يرفع يديه في صلاة الجنازة سوى تكبيرة الافتتاح
ولا يستغفر لصبي ولا مجنون اذ لا ذنب لهما ويقول بعد الثالثة اللهم اجعله لنا فرطا
قالوا اي اجرا يتقدمنا واصل الفارط والفرط فيمن يتقدم القوم لطلب الماء والكلأ
ومنه حديث انا فرطكم على الحوض اي متقدمكم واجعله لنا اجرا يقول الفقير انما فسر الفرط
بالاجر المتقدم يكون في قوله واجعله لنا شافعا استدراك والظاهر في تفسير ما ذكره
الاتقاني من قوله الفرط والفارط المتقدم في طلب الماء والمراد هنا المتقدم في الاجر
فلا يكون في قوله واجعله لنا اجرا شائبة استدراك اصلا وفي بعض الروايات قوله
واجعله لنا اجرا غير موجود فحينئذ تفسيرهم الفرط بالاجر المتقدم يكون في محله واجعله لنا
ذخرا اي خيرا باقيا واجعله لنا شافعا مشفعا اي مقبول الشفاعة قال صاحب الدرر
ولا يستغفر المصلي بعد التكبير الثالث لصبي ولا مجنون بل يقول بعد الدعاء بما يدعو
البالغين كما مر اللهم اجعله لنا فرطا الخ وقال مولانا محمد الواني في تعليقاته عليه
اي لا يستغفر لهما خاصة مثل ان يقول وخص هذا الميت ومثل ان يقول اللهم
ان كان محسنا فزد في احسانه وان كان مسيئا فتجاوز عنه فلا يلزم التناقض
بينه وبين قوله بل يقول بعد الدعاء بما يدعو به البالغين الا ان الدعاء للبالغين
في صلاة الصبي لم يوجد في الكتب المشهورة فلذلك يتلى قوله بعد الدعاء
بما يدعو به البالغين ضعيف في نقل الدعاء ولكن لا احتياج اليه فانه اذا لم يوجد
للصبي استغفار فأي مانع يمنع الدعاء لعامة المسلمين وليس فيه دعاء مخصوص حتى
يلزم المخالفة انتهى يقول الفقير علم الوجدان في الكتب يكفي مانعا تدبر
ومن اتى بعد تكبيرة الامام لا يكبر حتى يكبر الامام اخرى ويكبر معه
فاذا سلم الامام قضى المقتدي ما عليه من التكبير قبل رفع الجنازة لان صلاة الجنازة بعده
لا تتصور وقال ابو يوسف يكبر ولا ينتظر وهو قول الشافعي ايضا لانه ادرك
الامام فيتابعه في اي حال كان كما في سائر الصلوات ولهما ان كل تكبيرة في صلاة الجنازة
قائمة مقام ركعة حتى قال الصحابة اربع كاربع الظهر ولو لم يلحق من هذه التكبيرة
لم يجز صلاته لانه كترك ركعة من الظهر فلو لم ينتظر تكبير الامام لكان قاضيا ما فاته قبل
اداء ما ادركه مع الامام وذا منسوخ واما اذا ادرك بعد الرابعة لا يكبر عندهما
لانه قد فاتته الصلاة وعند ابي يوسف يكبر فاذا سلم الامام قضى ثلاث تكبيرات
كمن كان حاضرا حال التحريمة يعني لو كان حاضرا ولم يكبر مع الامام لا ينتظر
الثانية اتفاقا لانه كالمدرك لتلك التكبيرة قال مولانا الفاضل سعدي افندي
وقوله كالمدرك ينبئ انه ليس بمدرك حقيقة بل اعتبر مدركا لحضوره التكبيرة دفعا للحرج
اذ حقيقة ادراك الركعة ان يفعلها مع الامام ولا يجوز راكبا مع القدرة على النزول
استحسانا لانها صلاة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا
والقياس الجواز لانه دعاء حتى صحت بلا ركوع وسجود ودعاء الراكب كدعاء النازل
وايضا لم يصلوا قاعدين مع القدرة على القيام والقياس ايضا الجواز لانه دعاء ومن دعاء القاعد
ونكره في مسجد جماعة كراهة تحريم في رواية وتنزيه في اخرى لان كما في السنة لقوله
عليه الصلاة والسلام من صلى جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات
ولانه يحتمل تلويث المسجد لانه يؤمن خروج ما يلوث المسجد وان كانت خارج

فمن نظر الى ان المسجد بني لاداء المكتوبات كرهها في المسجد وان كان الميت خارج المسجد
ومن نظر الى احتمال تلويث المسجد لم يكرهها ان كان خارج المسجد لعدم احتمال التلويث
وانما قال في مسجد جماعة لانه لا يكره في المساجد التي بنيت لصلاة الجنازة وفي شرح الطحاوي
ويكره صلاة الجنازة في المسجد الا ان يكون مبنيا لذلك فلا بأس وعند الشافعي لا يكره صلاة الجنازة
في المسجد بكل حال لما روي انه لما مات سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه امرت عائشة
بادخال جنازته في المسجد حتى صلت عليها ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ثم قالت لبعض
من حولها هل عاب الناس علينا ما فعلنا قال نعم فقالت ما اسرع ما نسوا ما صلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهل بن البيضاء الا في المسجد ولانها دعاء
او صلاة فالمسجد اولى به من غيره ولنا الحديث الذي روينا انفا وحديث عائشة
دليلنا لان الناس في زمان المهاجرين والانصار وقد عابوا عليها فدل على انه
كان معروفا فيما بينهم كراهته وتاويل حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان
معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه ان يخرج وامر بالجنازة فوضعت خارج المسجد
قال صاحب النهاية وصاحب العناية وعندنا اذا كانت الجنازة خارج المسجد
لم يكره ان يصلي الناس عليها يقول الفقير قد عرفت انفا ان الميت ان كان خارج
ففيه الاختلاف وقد قال لم يكره ان يصلي الناس عليها تعين وان كانت الجنازة
والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي فيه لم يكره بالاتفاق يقول
الفقير اما ان يكون الجنازة والامام والقوم جميعا في المسجد فهي مكروه وصرح باتفاق اصحابنا
خلافا للشافعي وان كان الجنازة خارج المسجد والامام والقوم في المسجد اختلف فيه
وان كان الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد والباقي في المسجد كما هو المصرح
في جوابه لم يكره اتفاقا بقي القسمان الاخران احدهما كون الجنازة وحدها في
المسجد والامام والقوم خارجه فهو ايضا مكروه باتفاق اصحابنا والاخر كون الجنازة
والامام خارج المسجد والقوم كلهم في المسجد لم يبين حكمه ولا يصلى على عضو اي
عضو كان وقيد بالعضو لانه لو وجد اكثر بدن الميت بلا راس او نصفه مع الراس يغسل ويصلى
عليه بالاتفاق واذا وجد النصف بلا راس او اقل مع الراس لا يصلى عليه عندنا خلافا
للشافعي كما في ابن ملك ولا على غائب قال ابن ملك وفي الحقائق محل الخلاف الغائبة عن البلد
اذ لو كان في البلد لم يجز ان يصلى عليه حتى يحضر عنده اتفاقا لعدم المشقة في الحضور
وقال الشافعي يصلى على غائب لان النبي صلى الله عليه وسلم صلى على النجاشي وكان
غائبا ولنا انه لو صح لقوم ان يصلوا عليه لصح لقوم اخر فيتكرر وانه لو جاز ان يصلى
عليه لصلى الناس على النبي عليه السلام في سائر الامصار ولو صلوا لنقل وما نقل اصلا
واما صلاته على النجاشي فانه كشف له حتى ابصر سريره لانه عليه السلام يوم مات
النجاشي قال لاصحابه هذا اخوكم النجاشي قد مات فقوموا فصلوا عليه فصلى عليه
وهو يراه وصلت الصحابة بصلاته كذا في ابن ملك والاختيار ومن استهل على بناء الفاعل
قال صاحب القاموس استهل الصبي رفع صوته بالبكاء كاهل وقيل استهلال الصبي
ان يوجد منه ما يدل على حياته من بكاء او تحريك عضو او طرف عين بعد الولادة غسل
وسمي وصلي عليه لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه
رواه ابو هريرة ولان الاستهلال دليل الحياة فيتحقق في حقه سنة الموتى
والا غسل في المختار لانه نفس من وجه وفي ظاهر الرواية لا يغسل لكن المختار هنا غير ظاهر الرواية
وادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولا يصلى عليه قال صاحب العناية
لانه ان لم يستهل في حكم الجزء من وجه وفي حكم النفس من وجه فيعطى
حظا من الشبهين فلاعتباره بالنفس يغسل ولاعتباره بالاجزاء لا يصلى
وارث على هذا الترديد يعني ان استهل يرث وان لم يستهل لم يرث

ولو سبي

ولو سبي صبي مع احد ابويه لا يصلى عليه لانه كافر تبعا للابوين لقوله صلى الله عليه وسلم
الولد يتبع خير الابوين دينا فان فيه دلالة ظاهرة على متابعة الولد للابوين
الا ان اسلم احدهما اي احد الابوين فيصلى على الصبي لانه يصير مسلما حكما تبعا له
او اسلم هو عاقلا اي يعقل الصفة المذكورة في حديث جبريل عليه السلام وهي ان تؤمن
بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الاخر والقدر خيره وشره من الله تعالى
وهذا يدل على ان من قال لا اله الا الله لا يكون مسلما حتى يعلم صفة الاسلام وكذا
اذا اشترى جارية واستوصفها صفة الاسلام فلم تعلم فانها لا تكون مؤمنة كذا في النهاية
وقيل معناه يعقل المنافع والمضار وان الاسلام هدى واتباعه خير له لانه يصح اسلامه
استحسانا او لم يسب احدهما معه بل سبي الصبي فقط لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام
ولو مات لمسلم قريب كافر غسله المسلم غسل النجاسة لا كما يغسل المسلم بالبداءة
بالوضوء والميامن بل يصب عليه الماء كما يصب في غسل الثوب النجس لكن لا يكون الغسل
طهارة له حتى لو حمله انسان وصلى لم يجز صلاته بخلاف المسلم فانه لو حمله المصلي بعد
ما غسل جازت صلاته واطلق القريب ليتناول كل قريب له من ذوي الفروض و
العصبات وذوي الارحام وكفنه في خرقة بلا اعتبار عدد ولا حنوط ولا كافور
وفي بعض النسخ ولفه في خرقة والمفهوم منه والقاه في حفرة من غير لحد ولا توسعة
كما يكون للمسلم اعانة له او دفعه الى اهل دينه ان وجد فيصنعون به ما يصنعون بموتاهم
روي انه لما مات ابو طالب عم النبي صلى الله عليه وسلم جاء ابنه علي كرم الله وجهه
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله ان عمك الضال قد مات وفي رواية
ان الشيخ الضال قد مات فقال عليه السلام اغسله وكفنه وسأل رجل ابن عباس
رضي الله عنهما ان امي ماتت نصرانية فقال اتبع جنازتها واغسلها وكفنها ولا تصل
عليها وادفنها ولان هذه من جملة المصاحبة بالمعروف والبر كيلا يترك طعمة للسباع
والولد المسلم مندوب الى بر والديه وان كانا مشركين قال الله تعالى ووصينا الانسان
بوالديه حسنا والمراد به الوالدان المشركان بدليل سياقه وهو قوله وان جاهداك
على ان تشرك بي الاية ومن الاحسان والبر في حقهما القيام بالغسل والدفن وقالوا
ان الابن المسلم اذا مات وله اب كافر هل يمكن ابوه الكافر من القيام بغسله وتجهيزه
ينبغي ان لا يمكن من ذلك بل يفعله المسلمون ويكره ان يدخل الكافر في قبر قريبه من المسلمين
ليدفنه لان الموضع الذي فيه الكافر ينزل فيه اللعن والسخط والمسلم يحتاج الى نزول
الرحمة في كل ساعة كذا في النهاية وسن في حمل الجنازة اربعة حتى لو لم يتبعها احد كان حمولها
كذا في العناية قال الفاضل سعدي افندي وفيه شيء انتهى يقول الفقير مراده والله اعلم انه لا يبقى
حاجة في الجماعة الى ان يحملها اربعة لانه بالثلاثة يحصل الجماعة قال صاحب العناية وفيه زيادة
الاكرام حيث لم يحمل كما يحمل الاحمال وفيه الصيانة عن سقوط الميت وقال الشافعي السنة
ان يحملها رجلان يضعها السابق على عنقه والثاني على صدره لان جنازة سعد
بن معاذ رضي الله عنه حملت كذلك قلنا نعم كان ذلك لازدحام الملائكة وكان الطريق ضيقا
حتى روي انه صلى الله عليه وسلم كان يمشي على رؤوس اصابعه وصلعه قدميه وكان في حال
ونحن نقول به وان يبدأ كل من الاربعة فيضع مقدمها على يمينه ثم يؤخرها على يمينه
ثم مقدمها على يساره ثم مؤخرها على يساره ايثارا للتيامن وهذا اي حملها على هذا
الوجه المذكور في حالة التناوب يعني عند وقوف الحاملين ليدفع الجانب الذي حملها
غيرهم ويتنقل الى الجانب الاخر ثم اعلم ان في حمل الجنازة شيئين نفس السنة وكمالها اما نفس السنة
فهي ان يأخذ الجنازة بقوائمها الاربع على طريق التعاقب بان يحمل من كل جانب عشر خطوات
لما جاء في الحديث من حمل جنازة اربعين خطوة كفرت له اربعين كبيرة واما كمال السنة
فلا يتحقق الا في حق الواحد وهو ان يبدأ الحامل بحمل يمين مقدم الجنازة اذ ليس لمقدم الجنازة

فلذلك قال في المبسوط ومن اراد اكمال السنة في حمل الجنازة ينبغي ان يحملها من الجوانب الاربعة
يبدا بالايمن المقدم ثم بالايمن المؤخر وذكر شيخ الاسلام رحمه الله وانما المراد بالايمن المقدم
يمين الميت ثم قال فاذا حملت بجانب السرير الايسر فذلك يمين الميت لان يمين الميت على يسار
الجنازة لان الميت وضع عليها قفاه فكان يمين الميت يسارها ويسارها يمينها
ثم المعنى في الحمل على هذا الوجه اما البداية بالايمن المقدم وذلك يمين الميت بين الحاملين
فلان النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في كل شيء والمقدم ايضا اول الجنازة والبداءة
بالشيء انما يكون في اوله ثم يحمل على الايمن المؤخر لانه لو تحول الى الايسر المقدم احتاج الى
المشي امامها والمشي خلفها افضل فلما مشى خلفها وبلغ الايمن المؤخر حمله لان فيه رعاية
التيامن ايضا فبقي جانبان الايسر المقدم والايسر المؤخر فيختار تقديم الايسر المقدم على الايسر
المؤخر لمعنيين احدهما ان للمقدم فضلا على المؤخر كفضل الايمن على الايسر لسبقه على المؤخر
والسبق من اسباب الترجيح والثاني ان في تقديم الايسر المقدم ختما بالايسر المؤخر
والختم بذلك اولى ليبقى بعد الفراغ خلف الجنازة لان المشي خلفها افضل كذا في
النهاية ويسرعوا به دون الخبب الخبب ضرب من العدو دون العنق لان العنق خطو فسيح
واسع كذا في المغرب وانما كان هكذا لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
سئل عن المشي بالجنازة فقال ما دون الخبب فان يك خيرا عجلتموه اليه
وان يك شرا وضعتموه عن رقابكم او قال فبعدا لاهل النار وروي عن ابي هريرة رض
انه قال لما حضره الوفاة اسرعوا بي الى قبري فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال العبد الصالح اذا وضع على السرير يقول قدموني واذا وضع العبد الشقي
على السرير يقول يا ويلي اين تذهبون بي وانما يكره الخبب لان فيه ازدراء بالميت
واضرارا بالمتبعين والمشي خلفها افضل لقوله عليه السلام الجنازة متبوعة وليست بتابعة
ولانه ابلغ في الاتعاظ بها والتعاون في حملها ان احتيج اليه وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يمشي خلف جنازة سعد بن معاذ رض وان عليا رض ابن ابي طالب كان يمشي خلف الجنازة
فقيل له ان ابا بكر وعمر كانا يمشيان امامها فقال رحمهما الله قد عرفا ان المشي
خلفها افضل ولكنهما ارادا ان يتيسر الامر على الناس معناه ان الناس كانوا
يحترزون عن المشي امامها فلو اختارا المشي خلفها لضاق الطريق على من يشيعها
وقال ابن مسعود رضي الله عنه فضل المشي خلف الجنازة على المشي امامها كفضل
المكتوبة على النافلة وقال الشافعي المشي امامها افضل لما روي ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما
كانا يمشيان امام الجنازة وقد عرفت الجواب عنه ولان القوم شفعاء الميت
والشفيع يتقدم في العادة على من يشفع له والجواب انه يشكل بحال الصلاة فان
الميت يتقدم على القوم مع كونهم شفعاء له فكذا حالة المشي والشفيع انما يتقدم
على من يشفع له في العادة للتحرز عن تعجيل من يطلب منه الشفاعة بعقوبة من يشفع
لهم قبل ذلك وذلك المعنى متحقق ههنا ويكره لمشيعها رفع الصوت بالذكر
والقراءة لانه تشبه باهل الكتاب ويذكر في نفسه والتشبه باهل الكتاب فيما لنا منه بد مكروه كذا في النهاية
واذا وصلوا الى قبره كره الجلوس قبل الوضع لاحتمال الاحتياج الى التعاون في الوضع
ولما روي عنه عليه السلام انه قال من تبع الجنازة فلا يجلس حتى يوضع وفي المحيط والافضل
ان لا يجلسوا ما لم يسووا عليه التراب لما روي انه عليه السلام كان يفعل كذا وفي المحيط
ايضا من مات في السفينة يغسل ويكفن ويصلى عليه ثم يرمى في البحر ويحفر القبر ويلحد
قال صاحب النهاية يحتمل ان يكون مجهول اللحد واللحد لان كلا منهما متعد يقال لحد القبر والحده
وقبر ملحود وملحد ولحد للميت والحد له اي حفر له لحدا ولحد الميت والحده جعله في اللحد
واللحد هو الشق المائل في جانب القبر كذا في المغرب ثم عندنا يلحد للميت ولا يشق له
وقال الشافعي يشق ولا يلحد لتوارث اهل المدينة فانهم توارثوا الشق دون اللحد

٧ قبل وضعهم عن الاعناق فاذا وضعت عن الاعناق جلسوا وكراهة الجلوس

واحتج

واحتج علماؤنا بقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ولان الشق فعل اليهود والتشبه بهم مكروه
فيما منه بد وكان بالمدينة حفاران احدهما يلحد والآخر يشق فلما قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعثوا في طلب الحفار فقال العباس اللهم يسر لنبيك ما يكون احرى واولى فوجد الذي يلحد
ولا حجة له في توارث اهل المدينة لانهم انما توارثوا ذلك لضعف اراضيهم بالبقيع ولاجل
هذا المعنى اختاروا الشق في ديار اراضيها رخوة يقول الفقير وسمعت عن البعض ان القبر
كان يشق في ابتداء الاسلام وكان الكافرون والمنافقون ياتون القبر ليلة ويطعنونه
بالرمح فلما تفطن النبي صلى الله عليه وسلم بذلك امر باللحد وصفة اللحد ان يحفر القبر
بتمامه ثم يحفر في جانب القبلة منه حفيرة يوضع فيها الميت ويجعل ذلك كالبيت المسقف
وصفة الشق ان يحفر حفيرة في وسط القبر يوضع فيها الميت ويدخل الميت فيه
من جهة القبلة يعني يوضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل منه الميت فيوضع في القبر
وقال الشافعي يسل سلا وصفة ذلك ان توضع الجنازة في مؤخر القبر حتى يكون
راس الميت بازاء موضع قدميه من القبر ثم يدخل الرجل الآخذ في القبر فياخذ براس الميت
ويدخله في القبر كذا في مبسوط شيخ الاسلام وفتاوى قاضيخان والخلاصة الغزالية
وقال شمس الائمة الحلواني صورة السل ان توضع الجنازة في مقدم القبر حتى يكون رجلا
الميت بازاء موضع راسه من القبر ثم يدخل الرجل الآخذ القبر فياخذ رجلي الميت ويدخلهما
القبر اولا ويسل كذلك كذا في المحيط وشرح الطحاوي واحتج الشافعي بما روي
ان النبي عليه السلام سل الى قبره سلا والسل اخراج الشيء من الشيء بجذب واريد هنا
اخراج الميت من الجنازة الى القبر ولنا ما روى ابرهيم النخعي رح ان النبي عليه السلام
ادخل قبره من قبل القبلة فان صح هذا انتفى المذهب وان صح ما رواه فنقول انما كان
ذلك لاجل الضرورة لان النبي عليه السلام مات في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل
الحائط وكان السنة دفن الانبياء عليهم السلام في الموضع الذي قبضوا فيه فلم يتمكنوا
من وضع السرير من قبل القبلة لاجل الحائط لان القبر كان ملاصق الحائط ولحد
تحت الحائط فلم يمكن ادخاله من جانب القبلة فلهذا سل الى قبره وعن ابن عباس
وابن عمر رضي الله عنهم انهما قالا يدخل الميت قبره من قبل القبلة قال عليه السلام
خير المجالس ما استقبلت به القبلة لان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال
٣ ويقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله
اي بسم الله وضعناك وعلى ملة رسول الله سلمناك كذا قال صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا دجانة
رضي الله عنه في القبر كذا قال صاحب الهداية وقال صاحب النهاية والصحيح انه قال حين وضع ذا البجادين
لان ابا دجانة مات بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في خلافة ابي بكر رضي الله تعالى عنه
هكذا ذكر في التواريخ قال الفاضل سعدي افندي مات ابو دجانة في زمن عثمان رض
وقال صاحب الغاية قتل ابو دجانة شهيدا باليمامة سنة اثنتا عشر من الهجرة قبل
مسيلمة وهو في زمن ابي بكر رضي الله عنه وذو الرحم اولى بوضع المراة في قبرها فان لم يكن
فالاجانب ولا يدخل القبر امراة كذا في الاختيار والشفع كالوتر فيمن دخل القبر وقال
الشافعي ليكن عدد الواضعين وترا ولنا انه دخل قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم اربعة
العباس وعلي والفضل وصهيب رضي الله عنهم ويسجى قبر المراة بثوب حتى يجعل
على اللحد لا قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر حتى استحسن التابوت للنساء
وقال الشافعي يسجى قبر المراة والرجل ايضا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
سجى قبر سعد بن معاذ ولنا ما روي عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه انه مر بقبر
وقد سجي قبره فنزعه وقال انه رجل يعني ان مبنى حال الرجال
على الانكشاف وتاويل قبر سعد رضي الله عنه ان الكفن ما كان
يعمه بل نهى فسجي قبره حتى لا يقع الاطلاع لاحد على عضو من اعضائه اهـ

ويوجه الى القبلة بذلك امر النبي عليه السلام روي عن علي كرم الله وجهه انه لما
مات رجل من بني عبد المطلب فقال عليه السلام يا علي استقبل به القبلة استقبالا
وتحل العقدة يعني ان عقدة الكفن لخافة الانتشار فتحل لوقوع الامن منه
ويسوى عليه اللبن او القصب هكذا فعل بقبر النبي صلى الله عليه وسلم ويكره
الاجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى والفناء وقيل لا باس بهما
في ديار فيها رخاوة الارض وقيل كراهة الاجر من حيث علم القفال به لمساسه النار
وهذا المعنى في الخشب معدوم فكراهته تكون للعلة الاولى ورد بان مساسة النار
لا يصلح علة لكراهة فان السنة ان يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار وقد اجاب
عن هذا الاتقاني بان اثر النار في الاجر محسوس مشاهد مستقر فيه وفي الماء ليس
بمشاهد ولا مستقر فيه لان الماء يعود الى خاصيته اذا منع عن النار ساعة بخلاف
الاجر وقال الزيلعي وهذا يكره الاجمار بالنار عند القبر واتباع الجنازة بها لان القبر
اول منزل من منازل الاخرة ومحل المحن بخلاف البيت حتى لا يكره فيه الاجمار
ولا غسله بالماء الحار انتهى ولا شك ان هذا ايضا يدفع ذلك الرد قال
صاحب الهداية ويستحب اللبن والقصب لانه صلى الله عليه وسلم جعل على قبره طن
اي حزمة من القصب ويهال التراب للتوارث يقال هلت الدقيق في الجراب
اي صببته من غير كيل وكل شيء ارسلته ارسالا من رمل او تراب او طعام او
نحوه قلت هلته اهيله هيلا فانهال اي جرى فانصب ومنه يهال التراب ويصب
ويسنم القبر المطرح من تسنيم القبر رفعه من الارض مقدار شبر او اكثر قليلا
ولا يربع وقال الشافعي يربع ولا يسنم لما روي ان ابراهيم رضي الله عنه
ابن النبي صلى الله عليه وسلم لما مات سطح قبره فالسطح التربيع قلنا قال ابو حنيفة
حدثنا شيخ لنا يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تربيع القبور وعن ابرهيم النخعي
انه قال اخبرني من راى قبر النبي صلى الله عليه وسلم وقبر ابي بكر وعمر رضي الله عنهما
مسنمة وتاويل قبر ابرهيم انه صلى الله عليه وسلم سطح قبره اولا ثم سنم كذا في العناية
والنهاية ويكره ان يبنى على القبر بالجص والاجر والخشب لانهما للصنعة والزينة
والقبر ليس محلا لهما ولا يدفن اثنان في قبر الا لضرورة ويجعل بينهما تراب
ليصير كقبرين ولا يخرج من القبر الا ان يكون الارض مغصوبة واراد
صاحب الارض اخراجه وكذا اذا كان الكفن مغصوبا ولم يرض صاحبه لا ينبش
وينزع ثوبه فانه ينبش قبره وينزع ثوبه بلا اتفاق وفي الجامع الصغير للحاكم
عبد الرحمن اذا دفن بغير كفن لا ينبش القبر واما لو تذكر الرجل
انه نسي ثوبا او دراهما فيه ينبش يرفع ذلك وكذا اذا كانت الارض
اخذت بالشفعة ينبش كذا في الخلاصة والقتيل والميت يستحب ان يدفنا في
مكان قتل ومات فيه وان نقل من بلد الى بلد فلا اثم فيه لما روي
ان يعقوب النبي عليه السلام مات بمصر فحمل الى ارض الشام
وموسى عليه السلام حمل تابوت يوسف عليه السلام الى ارض الشام من ارض مصر
والوصية بالصلاة على الميت تجوز في رواية وفي رواية لا
ويكره وطء القبر والجلوس عليه والنوم عليه لانه صلى الله عليه وسلم نهى
عن ذلك وفيه اهانة به والصلوة عنده لانه تشبه بالعبادة بالميت
نصرانية ماتت وفي بطنها ولد مسلم قيل يدفن في مقابر المسلمين لحرمة الولد
وقيل في مقابرهم كذا في منية المفتي
٥

باب الشهيد

باب الشهيد

قال صاحب العناية المقتول ميت باجله عند اهل السنة وانما بوب الشهيد بحياله اختصاصا صح
بالفضيلة فكان اخراجه من باب صلاة الميت بباب على حدة كاخراج جبريل من الملائكة
وسمي الشهيد شهيدا لان الملائكة يشهدون موته اكراما له فكان مشهودا فهو فعيل
بمعنى مفعول وقيل لانه مشهود له بالجنة وقيل لانه حي عند ربه حاضر وفي اصطلاح الفقهاء
هو من قتله اهل الحرب او البغي او قطاع الطريق باي شيء قتلوه بحديدة او بغيرها
نحو الحرق والغرق او وجد في المعركة وبه اثر الجراحة ظاهرة او باطنة كخروج الدم
من العين او الاذن لان الدم لا يخرج منهما عادة فالظاهر انه ضرب على راسه حتى خرج الدم من
عينه او اذنه وان كان يخرج من فمه فان كان ينزل من راسه غسل وخروجه من جانب الفم او من جانب
الانف سواء وان كان يعلو من جوفه لم يغسل لان الدم لا يعلو من الجوف الا لجرح في الباطن
وانما يعرف ذلك بلونه الدم قال الامام التمرتاشي النازل من الراس صاف والرقيق من الجوف
علق كذا في النهاية او قتله مسلم ظلما احترازا عما قتله المسلمون رجما او قصاصا ولم يجب
بقتله دية احترازا عن شبه العمد والخطا فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل ويدفن بدمه
وثيابه لانه في معنى شهداء احد وقال عليه الصلاة والسلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم
ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي
فهو في معناهم فيلحق بهم والتقييد بالحديدة انما هو اذا كان القتل من المسلمين واما
اهل الحرب والبغي وقطاع الطريق فليس بشرط على ما بينا آنفا لان شهداء احد ما كان
كلهم قتيل السيف والسلاح وقال الشافعي لا يصلى عليه لان السيف محاء الذنوب
فاغنى عن الشفاعة قلنا الصلاة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بالكرامة
الا ما ليس من جنس الكفن كالفرو والحشو والسلاح وقال الشافعي لا ينزع عنه شيء
واحتج باطلاق قوله عليه السلام زملوهم من غير فصل ولنا ما روي في السنن عن ابن عباس
رضي الله عنهما قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى احد ان ينزع عنهم الحديد والجلود
وان يدفنوا بدمائهم وثيابهم ويزاد وينقص مراعاة لكفن السنة يعني ان نقص عن كفن
السنة يزاد حتى يتم وان زاد ينقص حتى ينتهي الى كفن السنة وان كان صبيا او مجنونا
او جنبا او حائضا او نفساء يغسل عند ابي حنيفة اما الصبي فلان السيف كفى
عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم
ومن لم يكن في معناهم غسل وكذا المجنون واما الجنب فلان الشهادة عرفت مانعة
غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته
الملائكة وكذا الحائض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية
خلافا لهما لان سقوط الغسل على الشهيد لا بقاء اثر مظلومية في القتل
اكراما له والمظلومية في حق الصبي والمجنون اشد فكان اولى بهذه الكرامة
واما الجنب والحائض والنفساء فلان ما وجب بالجنابة والحيض والنفاس
من الغسل سقط من الموت والقتل الثاني لم يجب بالشهادة ويغسل ان قتل
في المصر ولم يعلم انه قتل عمدا ظلما لان الواجب فيه القسامة والدية فخفف
الظلم واذا علم انه قتل عمدا ظلما لكن لم يعلم قاتله يغسل لما ان الواجب هنالك
الدية والقسامة وكذا ان ارتث على البناء للمفعول بان اكل او شرب
او عولج او باع او اشترى او عاش اكثر يوم عند ابي يوسف والارتثاث
من الرث وهو الشيء البالي فيكون معناه خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة لانه
اذا اكل او شرب او عولج او باع او اشترى او عاش اكثر يوم يكون نال بعض مرافق
الحياة وشهداء احد رضي الله عنهم ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم فلم يشربوا

وجعل ابو يوسف اكثر يوم وليلة كالكل بشرط ان يعقل اقامة للاكثر مقام الكل
خلافا لمحمد فان شرط الكمال ان لا يخلو عن قليل الحلوق بعد الجرح فيعتبر نهار
كامل او ليل كامل او مضى عليه وقت صلوة وهو يعقل فيجب عليه الصلاة
والوجوب من احكام الدنيا فارتفق بالحياة فكان مرتثا
قال صاحب الهداية وهو مروي عن ابي يوسف وقال ابن ملك في شرح المجمع
ولو مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل يغسل اتفاقا او آوته خيمة فيغسل لانه نال
بعض مرافق الحياة او نقل من المعركة حيا لهذه العلة ايضا الا اذا نقل منها
كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة وذلك لانه انما حمل
لدفع الضرر لا لايصال الراحة اليه قال صاحب الغاية وفيه نظر لانا لا نسلم
ان النقل من المعركة كيلا تطاه الخيول ليس نيل الراحة لان دفع الضرر يستلزم
نيل الراحة تدبر او اوصى مطلقا يعني سواء اوصى بامور الدنيا او بامور الاخرة
عند ابي يوسف لانه ارتفاق ايا اوصى وقال محمد ان اوصى بامر اخروي لا يغسل
لانها صنيع من ليس من حياة فيكون حاصل الخلاف بينهما انهما ان اوصى
بامور الدنيا يغسل اتفاقا وان اوصى بامور الاخرة يغسل عند ابي يوسف
ولا يغسل عند محمد وقيل خلافهما في الوصية بامور الدنيا ولو اوصى بامور
الاخرة لا يغسل اتفاقا وقيل لا خلاف بينهما اصلا وفي الخانية الوصية
بكلمتين لا تبطل الشهادة وفي التبيين هذا كله اذا وجد بعد انقضاء
الحرب واما قبل انقضائها فلا يكون مرتثا بشيء مما ذكرنا كذا في ابن ملك
ثم اعلم ان من ارتث ثم مات لا يكون شهيدا في احكام الدنيا وهو الغسل ولكن
له ثواب الشهداء في الاخرة كذا في الخزانة الا يرى ان عمر وعليا رضي الله عنهما
حملا الى بيتهما بعد الطعن وغسلا وكانا شهيدين بقوله عليه السلام كما ورد
في صحيح مسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لما تحرك حراء الواحد وكان النبي صلى الله عليه وسلم مع ابي بكر وعمر وعثمان وعلي
وطلحة وزبير رضي الله عنهم عليه اسكن يا حراء او يا احد ويروى اهدأ فما عليك الا
نبي وصديق وشهيد قال ابن ملك المراد به جنس الشهيد لان المذكورين
في الحديث بعد الصديق كلهم شهداء انتهى وورد ايضا في صحيح مسلم
الشهداء خمسة المطعون والمبطون والغرق وصاحب الهدم والشهيد في سبيل الله
وقال ابن ملك انما اخر المقتول في سبيل الله لانه من باب الترقي
فعلم منه ان الشهيد لا يعلى من قتل مجاهدا في سبيل الله وهو ظاهر
ثم اعلم ان بعض الفقهاء سموا المقتول المجاهد في سبيل الله الشهيد الحكمي
وغيره الشهيد الحقيقي فيكون معنى الشهيد الحكمي الذي يجري عليه
حكم الشهيد وهو شهيد حقيقة وحكما ومعنى الشهيد الحقيقي
يكون شهيدا نظرا الى الحقيقة واما بالنظر الى حكم الشرع فلا يكون
شهيدا وبعضهم اطلق الشهيد الحكمي على غير المقتول في سبيل الله
واطلق الحقيقي على المقتول في سبيل الله فيكون معنى الشهيد الحكمي
الذي يكون شهيدا حكما فيكون كل شهيد لا حقيقة
ومعنى الشهيد الحقيقي الذي يكون شهيدا حقيقة فيكون كل شهيد حكمي حقيقيا
وليس كل شهيد حقيقي حكميا على الاول يكون بينهما عموم وخصوص مطلق وعلى الثاني
يكون بينهما تباين تدبر وبعض المتاخرين رجحوا الاول وبعضهم رجحوا الثاني
بقول الفقير الاول راجح بل هو الحق كذا سمعت من استاذي

دانحل

ومن قتل بحق او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه للايفاء حق مستحق
عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى فلا يلحق بهم وروي
انه لما قتل ماعز رجما اتى عمه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله
قتل ماعز كما قتل الكلاب فماذا تامرني فقال عليه السلام لا تقل هذا لقد
تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب فاغسله وكفنه
وصل عليه ومن قتل لبغي او قطع طريق غسل ولا يصلى عليه لانهم سعوا في الارض بالفساد
قال الله تعالى في حقهم ذلك لهم خزي في الدنيا والصلاة شفاعة فلا يستحقوها
وعلي كرم الله وجهه ما صلى على البغاة فقيل اهم كفار فقال لا ولكنهم
اخواننا بغوا علينا فاشار الى انه انما ترك عقوبة لهم وزجرا لغيرهم وهو القدوة
في الباب وكان ذلك بمشهد من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا
وقال الشافعي يصلى عليهم لانهم مؤمنون الا انهم يقتلون بحق فكانوا
كالمقتولين في رجم او قصاص وقيل لا يغسل ايضا ان حكمه لا يصلى عليه
وروى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انهم لا يغسلون ولا يصلى عليهم لان عليا
كرم الله وجهه لم يغسل الخوارج يوم النهروان ولم يصل عليهم
ويصلى قاتل نفسه عند ابي حنيفة ومحمد لانه فاسق غير ساع خلافا لابي يوسف زجرا
لغيرهم كالباغي هذا اذا كان عمدا ولو كان خطأ لا يغسل ويصلى عليه
وتزار القبور كل اسبوع فاذا انتهى اليها يقول عليكم السلام يا اهل الديار
انتم السابقون انا لله وانا اليه راجعون انساانه وانتكم في
اذهب الله روعتنا وروعتكم وغفر الله لنا ولكم ولسائر المسلمين
والمرأة لا تغسل زوجها الميت عند الضرورة لبقاء الزوجية من وجه وقت العدة
والزوج لا يغسل زوجته عندنا امرأة ماتت ولم توجد امرأة تغسلها يممها
محرمها باليد والاجنبي بخرقة على يده ويغض بصره عن ذراعها ولا فرق
في ذلك بين الشابة والعجوز كذا في الخزانة

باب الصلاة في الكعبة

قدمنا في اول باب صلاة الجنازة وجه تاخيرنا هذا الباب فلا نعيده
صح فيها الفرض والنفل عندنا قال صاحب الهداية خلافا للشافعي
فيهما لانه روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
دخل البيت فكبر في نواحي البيت ولم يصل فيه وله مالك في الفرض
ولنا انه صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبة الفرض يوم الفتح
رواه بلال رضي الله عنه ولئن كان نافلا فالفرض في معناه من شرائط الجواز
دون الاركان ولانها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة
لان استيعابها ليس بشرط قال صاحب النهاية وفي ذكر خلاف
الشافعي من صاحب الهداية وقع سهوا من الكاتب فان الشافعي
يرى جواز الصلاة في الكعبة فرضها ونفلها كذا اورده اصحاب الشافعي
في كتبهم من الوجيز والخلاصة والهادي والزخيرة وغيرها ولم يورد
احد من علمائنا ايضا هذا الخلاف فيما عندي من الكتب كالمبسوطين
والاسرار والايضاح والمحيط وشرح الجامع الصغير وغيرها خلا انه يشترط
السترة المتصلة بالارض اتصال قرار كالمصلي في عرصة الكعبة كالحائط والشجر

وذكر في وجيز الغزالي فالمصلي في جوف الكعبة يستقبل أي جدار شاء ويستقبل الباب وان كان مفتوحا والعتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل جاز ولو انهدمت الكعبة والعياذ بالله صح صلاة خارج العرصة متوجها اليها لكن من صلى على ابي قبيس فهو الكعبة صحته وان صلى فيها لم يجز الا ان يكون بين يديه شجرة او حائط ولو وقف على السطح كالواقف في العرصة فلو وضع شيئا بين يديه لا يكفيه ولو غرز خشبة فوجهان • وفي الخلاصة الغزالية ويجوز الصلاة في الكعبة الى بعض بنيانها انتهى

وقال صاحب العناية اجيب بان مراده ما اذا توجه الى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل وهو خبر من الحمل على السهو الا ان الملاق كلامه ينافيه انتهى • قال المولى اخي چلبي وفي شرح القدوري للعلامة الزاهدي قال مالك والشافعي في قول لا يجوز فيها اداء المكتوبات • وقيل لا يجوز فيها الفرض والنفل ومن جعل فيها ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف مسئلة التحري على ما سبق • ولو الى وجهه اي لو جعل ظهره الى وجه الامام لا يجوز لتقدمه • وكره ان يجعل وجهه الى وجهه اما جوازه فلوجود المتابعة وانتفاء المانع وهو التقدم على الامام • واما كراهته فلشبهه بعابد الصورة بالمقابلة فينبغي ان يجعل بينه وبين الامام سترة تحرزا عن ذلك ولو تحلقوا حولها والامام فيها اي في جوف الكعبة جاز اذا كان الباب مفتوحا لانه كقيامه في المحراب في غيرها من المساجد كذا في الاختيار • يقول الفقير ينبغي ان يكون مكروها كما كره قيام الامام في المحراب في غيرها من المساجد على ما بين في مكروهات الصلاة

وان كان الامام خارجها وتحلقوا حولها جازت صلوة من هو اقرب اليها منه ان لم يكن الاقرب في جانبه اي في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهران عند اتحاد الجانب • وهذا يشير الى انه اذا كان في جانبه لم يجز لوجود التقدم • ويجوز الصلوة فوقها وان لم يكن بين يديه سترة وقال الشافعي لا يجوز • الا ان يكون بين يديه سترة بناء على ان المعتبر في جواز التوجه اليها للصلاة البناء • وعندنا ان القبلة هي الكعبة • والكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء ولا معتبر بالبناء لانه ينقل • الا ترى ان من صلى على ابي قبيس جازت صلاته ولا شيء من بناء الكعبة بين يديه • وعلى هذا لا معتبر بالبناء • ويكره لما فيه من التخلي على ظهر الكعبة من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه روي

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الصَّلَوةِ فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ أَلْمَجْزَرَةِ ١ وَالْمَزْبَلَةِ ٢ وَالْمَقْبَرَةِ ٣ وَالْحَمَّامِ ٤ وَقَوَارِعِ الطَّرِيقِ ٥ وَمَعَاطِنِ الْإِبِلِ ٦ وَفَوْقَ ظَهْرِ بَيْتِ اللهِ الْحَرَامِ ٧

كتاب الزكاة

كتاب الزكاة

قرن الزكاة بالصلاة اقتداء بكتاب الله تعالى قال الله تعالى اقيموا الصلاة وآتوا الزكوة وكذلك في السنة وهي قوله صلى الله عليه وسلم بني الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله واقام الصلوة وايتاء الزكوة الى اخر الحديث • وهي في اللغة عبارة عن النماء يقال زكى الزرع اذا نما فسميت الزكاة لانها سبب لنماء المال بالخلف في الدنيا والثواب في الآخرة قال الله تعالى وما انفقتم من شيء فهو يخلفه • وقيل هي عبارة عن التطهير قال الله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم • وهي فرض بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا آنفا من قوله اقيموا الصلوة وآتوا الزكوة • واما السنة فما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام بني الاسلام الحديث • وكذا الاجماع منعقد على فرضيتها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا • هي تمليك جزء من المال معين صفة جزء شرعا من فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه فلا يجوز تمليكه من الغني والكافر والهاشمي ومولاه فان دفع الزكاة اليهم مع العلم لا يجوز كما سيأتي ان شاء الله تعالى مع قطع المنفعة عن المملك من كل وجه احترز به عن الدفع الى فروعه وان سفلوا واصوله وان علوا ومكاتبه ودفع احد الزوجين الى الاخر فانه لا يجوز كما سيأتي ان شاء الله تعالى لله تعالى متعلق بتمليك لان الزكاة عبادة فلا بد فيها من الاخلاص له تعالى قال الله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له • يقول الفقير وهذا القيد لا بد منه في جميع العبادات غير مختصة بها فكان المناسب ان يذكره في جميعها اللهم الا ان يقال ذكره هنا لغلبة الاغراض فيها • لكنه بعيد

وشرط وجوبها اي فرضيتها • وانما عبر بالوجوب اما لان بعض مقاديرها وكيفياتها ثابتة باخبار الآحاد او لان استعمال احدهما في موضع الاخر جائز شائع مجازا العقل والبلوغ اذ التكليف بدونهما لا يصح والاسلام لانه شرط لصحة العبادات والحرية ليتحقق التمليك لان الرقيق لا يملك ان يملك وملك نصاب لانه صلى الله عليه وسلم قدره سبب الوجوب به حولي احتراز عن نصاب لا يحول عليه الحول بعد فانه لا يجب فيه الزكاة لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء فقدرها الشرع بالحول لانه المتمكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه • وقد قال عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول فارغ عن الدين المراد به الدين المطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ولا فرق بين ان يكون الدين بطريق الاصالة او الكفالة • كذا قال صاحب الدرر نقلا عن الزيلعي • ويمنع دين الزكاة حال بقاء النصاب يعني رجل ملك مائتي درهم فمضى عليه حولان ليس عليه زكاة السنة الثانية لان وجوب زكاة السنة الاولى صار مانعا عن وجوبها في السنة الثانية لانتقاص النصاب بزكاة السنة وكذا يمنع دين الزكاة وجوب الزكاة بعد الاستهلاك يعني لو حال الحول على المائتين فاستهلك النصاب قبل اداء الزكاة ثم استفاد مائتي درهم وحال الحول على المستفاد لا يجب عليه زكاة المستفاد لان وجوب زكاة النصاب الاول دين في ذمته فيمنع وجوب الزكاة وفارغ عن حاجته الاصلية لان قوله عليه السلام الا اخوي [illegible] بنفسك يدل على وجوب تقديم حوائجه الاصلية وهي دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل وسلاح الاستعمال ودواب الركوب وكتب الفقه والآلات المحترفين وغير ذلك الا في معاشه نام صفة لقوله نصاب ولو تقديرا النماء اما تحقيقي فهو كونه بالتوالد والتناسل والتجارات او تقديري وهو ما يكون بالتمكن من الاستنماء بان يكون في يده او يد نائبه فانما ارضيفه ملكا تاما بان لا يكون يدا فقط كما في مال المكاتب فانه ملك المولى حقيقة فلا تجب على مجنون لعدم عقله ولا صبي لعدم بلوغه ولا مكاتب لعدم الملك التام لوجود المنافي وهو الرق والحال لم يكن من اهل ان يعتق عبده ولا مديون مطالب من العباد احتراز عن مديون غير مطالب من العباد قال صاحب الصحاح كالنبي فانه يجب الزكاة عليه ودين الزكاة يصدق عليه انه مطالب من جهة العباد قال صاحب العناية لان له مطالبا من العباد وهو الامام في السوائم

وههنا الان ظ قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة يثبت للامام حق الاخذ من كل مال ورسول الله صلى الله عليه وسلم
والخليفتان بعده كانوا ياخذون الى ان فوض عثمان في خلافته اداء الزكاة عن الاموال الباطنة
الى ملاكها لمصلحة هي ان النقد مطمع كل طامع وكره ان يفتش السعاة على التجار مستور اموالهم
ففوض الاداء اليهم في قفي دينه فانه اذا كان ابتداء دينه مثل ما عليه دين كذلك لا يجب عليه
الزكاة ولو كان دينه ثابتا يجب زكاة ثابتة ولا في مال ضمار وهو المفقود والساقط في البحر
والضمار الغائب الذي لا يرجى فاذا رجي فليس بضمار كذا نقل المطرزي عن ابي عبيد واصله من الاضمار
وهو التغييب والاخفاء ومنه اضمر في قلبه قالوا الضمار ما يكون عينه قائما ولا ينتفع به كالمال
المفقود والعبد الآبق وغيرهما فليس فيه زكاة عند الائمة الثلاثة خلافا لزفر والشافعي
حيث قالا يجب فيه الزكاة للسنين الماضية اذا وصلت يده اليه لان السبب قد تحقق
وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي كرم الله وجهه لا زكاة في مال
الضمار وان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه هـ
والمغصوب الذي لا بينة عليه هذا ايضا من جملة المال الضمار بخلاف ما على مقر مليء او فقير اي
لامكان الوصول اليه ابتداء في المليء وبواسطة التحصيل في المعسر او مفلس بفتح اللام المشددة
لان تفليس القاضي اي الحكم عليه بانه قد افلس لا يصح عند ابي حنيفة فكان وجوده كعدمه
ولو لم يفلسه وجب عليه بالاتفاق لامكان الوصول بالتحصيل او على جاحد عليه بينة
او علم قاض لما قلنا من امكان الوصول اليه قال الامام فخر الاسلام ولو كانت له بينة عادلة
وجبت الزكاة فيما مضى لانه لا يعد تاويا لما ان حجة البينة فوق الاقرار وهذا رواية هشام
عن محمد وفي رواية اخرى عنه لا تلزمه الزكاة لما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد
يعدل ولا كل قاض يعدل في البينة بدون القضاء لا يكون موجبة شيئا بخلاف الاقرار
لانه يوجب الحق بنفسه وبخلاف ما اذا كان الدين معلوما للقاضي لان صاحب الدين
هناك لا يحتاج الى الخصومة لان القاضي يلزمه بعلمه وروى المعلى عن ابي يوسف ان الغريم
اذا كان يقر في السر ويجحد في العلانية فلا زكاة في الدين لعدم الانتفاع به فصار كالمجحود في الحال
وروى ابن رستم عن محمد فيمن اودع رجلا لا يعرفه قال لا زكاة فيه اذا اصابه للسنين
الماضية بمنزلة المدفون في برية نسي مكانه وان كان اودع رجلا يعرفه فنسيه سنين
ففيه الزكاة وهذا صحيح لانه اذا لم يعرفه فالدين تاو ومن يعرفه فيده قائمة مقام يده
وانما فرط في النسيان فلا يسقط الزكاة كذا في البيانية وفي المنتقى لو غصب غريمه
فان قدر على الطلب والتوكيل به فعليه الزكاة والا فلا كذا في ابن الملك نقلا عنه هـ
خلافا لمحمد في المفلس لتحقق الافلاس بالتفليس عنده ولما صح التفليس عنده
جعل بمنزلة المال التاوي والمجحود وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس حتى يسقط المطالبة
الى وقت اليسار ومع ابي حنيفة في حكم الزكاة فتجب لما مضى اذا قبض رعاية لجانب الفقراء كذا في العناية
وبخلاف مدفون في البيت ونسي مكانه فانه يجب الزكاة لتيسر الوصول اليه لكون البيت حرزا
بجميع اجزائه فيصل اليه بحفره وقيد البيت اتفاقي لان المدفون في الحرز اذا نسي مكانه ثم علم
بعد الحول يجب فيه الزكاة سواء كان مدفونا في البيت او الدار ونحوها لان القدرة
ثابتة لتيسر الوصول اليه كذا في البيانية وفي المدفون في الارض المملوكة او الكرم اختلاف
قيل يجب لامكان حفر جميع الارض والوصول اليه وقيل لا يجب لان حفر جميعها ان لم يكن متعذرا
كان متعسرا والحرج مدفوع ويزكي الدين عند قبضه فيجب بدل مال التجارة عند
قبض اربعين وبدل مال الخير كذلك عند قبض نصاب وبدل ما ليس بمال عند قبض نصاب
وحولان حول توضيح هذه المسائل موقوف على تفصيل الديون وبيان مراتبها
اعلم ان الدين على ثلاثة انواع دين قوي كبدل القرض ومال التجارة وثمن السوائم
ووسط كبدل ما ليس للتجارة كثمن عبيد الخدمة وثياب البذلة هـ
وضعيف كبدل ما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح عن القصاص وبدل الكتابة والدية هـ

وان كان عليه بينة وجب الزكاة فيه هـ
وما دفن في برية نسي مكانه فيه ثم احتراز
عن المدفون في البيت والمدفون في ارض او كرم
فانه يعطي حكمها وما اخذ مصادرة اي مال اخذه
السلطان ظلما ثم وجده بعد سنين كان قد جحد
ولا بينة عليه فجميع ما ذكر من جملة المال
الضمار
[illegible]

اذا عرفت هذا

اذا عرفت هذا فاعلم ان الدين اذا كان نصابا كاملا وحال عليه الحول عند المديون ثم قبضه الدائن
فعند ابي حنيفة ان كان المقبوض من الدين القوي يجب عند قبض اربعين منها درهم ولا يؤدي
عما نقص عنه لان في الكسر لا زكاة عنده وان كان من الدين الوسط فعنده قبض المائتين يجب
خمسة دراهم بلا اشتراط الحول فيه بعد القبض وان كان من الدين الضعيف فعند قبض مائتين
مع مضي الحول عليه بعد القبض يجب خمسة دراهم له ان الدين ليس بمال حقيقة لانه عرض والمال
جوهر عرفا وشرعا لان من حلف ان لا مال له لا يحنث اذا كانت له ديون غير مقبوضة فاعتبر الدين
بما هو بدله فان كان بدلا عن مال التجارة اخذ حكمه فصار قويا فلا يشترط فيه الحول ولا قبض
النصاب الكامل وان كان عن مال ليس للتجارة فباعتبار كونه بدلا لا يشترط فيه الحول ولا
قبض النصاب وباعتبار ان المال ليس للتجارة يشترط كل منهما فشرطنا النصاب دون الحول
عملا بالشبهين وان كان بدلا عما ليس بمال يكون ضعيفا فاشترط الحول والنصاب لانه
ليس مالا باعتبار ذاته ولا باعتبار بدله والحاق الوسط بالضعيف رواية عن ابي حنيفة
يعني يروي الكرخي ان ابا حنيفة الحق الدين الوسط بالدين الضعيف في اشتراط الحول بعد
قبض مائتين نظرا الى انه ليس بمال في ذاته ترجيحا لاعتبار ذاته على اعتبار بدله هـ وقالا
يزكي ما قبض منه مطلقا يعني قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجب زكاة ما قبض من الدين
كان قل او كثر لان الديون كلها في المالية سواء والدين ملحق بالعين ولهذا يجوز ان يشتري
ويتزوج عليه وتم الحول عليه في الذمة كتمامه عنده وقال ابن الملك نقلا عن المحيط ان الخلاف
فيما اذا لم يكن له مال غير الدين فان كان فيضم ما قبضه الى ما عنده اتفاقا لانه بمنزلة المستفاد
الا الدية والارش وبدل الكتابة عند قبض نصاب وحولان حول يعني استثنى
ابو يوسف ومحمد دين الدية والارش وبدل الكتابة وشرطا في المقبوض النصاب وحولان
الحول لان بدل الكتابة ليس بدين حقيقة ولهذا لا يصح الكفالة به وكذلك الارش والدية
يكون واجبة على العاقلة بطريق الصلة المحضة لنا ارتفاع القتل والجناية والصلة لا تملك
قبل القبض ولهذا لا يستوفى من تركة من مات من العاقلة قال صاحب التسهيل اقول فعلى
هذا ينبغي ان لا يصح الكفالة بالدية والارش كبدل الكتابة ثم قال وكتبت في فصل المحاضر و
السجلات من جامع الفصولين ان الكفالة بالدية لا تجوز وشرط ادائها اي اداء الزكاة
نية مقارنة للاداء او لعزل المقدار الواجب لان الزكاة عبادة فكان من شرطها النية
والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا
كتقديم النية في الصوم لا يقال يرد عليكم ان من امتنع من ادائها فاخذها الامام منه
كرها ووضعها في اهلها اجزأت عنه وفي تلك الصورة لم يوجد النية اصلا لانا نقول
للامام ولاية اخذ الصدقات فقام دفعه مقام دفع المالك كالاب يعطي صدقة الفطر
فانه يجوز مع عدم نية الصغير لوجود نية من له الولاية في الاعطاء ولو تصدق
بالكل ولم ينوها سقطت الزكاة استحسانا والقياس ان لا تسقط قيل هو قول زفر
لان النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من التعيين كما في الصلاة
وجه الاستحسان ان الواجب جزء من جميع المال وهو ربع العشر فكان متعينا فيه
اي في جميع المال والمتعين لا يحتاج الى التعيين ولو تصدق ببعضه لا تسقط حصته
عند ابي يوسف لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب فوجبت مزاحمة سائر
الاجزاء بخلاف ما اذا تصدق بالجميع سقط الجميع فكذا اذا تصدق بالبعض اعتبارا للبعض بالكل
وتكره الحيلة لاسقاطها اي لاسقاط الزكاة عند محمد لان الزكاة لنفع الفقراء وفي الحيلة اضرار لهم خلافا
لابي يوسف لانه امتناع عن الوجوب لا ابطال لحق الغير لانه ربما يخاف ان لا يمتثل امر الله تعالى فيكون عاصيا
والفرار من المعصية طاعة وهذا احق والفاضل صدر الشريعة شنع الحيلة في اسقاطها حيث قال
ولكن هذا في غاية الشناعة لانه ايثار للبخل وقطع رزق الفقراء الذي قدر الله تعالى في مال الاغنياء
والانخراط في سلك الذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله انتهى

خلافا لمحمد

سؤال
يا من صفات الجهل عنه انصرفت
وفيه اوصاف الهدى تجمعت
اي مالك من اموال قد كثرت
زكاته بالحول ثم اخذت

جواب
ذا هبة رجعها واهبها
اليه بعد ما الزكاة حتمت
على الذي بيده كانت فقد
نقصت زكاته وانعدمت
من احكام العيني

وكذا الخلاف في الحيلة لاسقاط الشفعة قيل الفتوى في الشفعة على قول ابي يوسف
وفي الزكاة على قول محمد وهذا التفصيل حسن كذا في شرح المجمع لابن ملك ولو اشترى
عبدا للتجارة فنوى استخدامه بطل كونه للتجارة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نوى
للخدمة لا يصير للتجارة بالنية ما لم يبعه فيكون في ثمنه زكاة ان كان دراهم او دنانير لان
النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر النية ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا
يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وحاصله ان النية اذا اقترنت بالعمل وجب اعتبارها
واذا تجردت عن العمل لا تعتبر فيما يتعلق ثبوته بالجوارح والتجارة عمل الجوارح فلا تحصل بمجرد
النية لانها تصلح لترك الفعل دون انشائه وكذا ما ورثه لا يكون للتجارة بالنية لان
النية لم تتصل بالعمل لان الموروث يكون ملكا للوارث بلا صنعه ولهذا يرث الجنين
وان لم يتصور منه العمل واذا تصرف فيما ورثه بعد النية يكون للتجارة لاقتران النية
بالعمل لكن اذا كان الموروث ذهبا او فضة يكون للتجارة بمجرد الارث وان نوى التجارة
فيما ملكه بهبة او وصية او نكاح او خلع او صلح عن قود كان له ان للتجارة بالنية
لاقترانها بعمل هو قبول العقد عند ابي يوسف خلافا لمحمد فانه عنده لا يصير للتجارة
لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الخلاف بالعكس يعني عند محمد يكون للتجارة بالنية وعند
ابي يوسف لا حتى يتجر وهو ما نقل الاسبيجابي في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد
كذا في العناية وحاصل هذا المحل ان ما يدخل في ملك الرجل على نوعين نوع يدخل فيه بغير
صنعه كالارث ونوع يدخل فيه بصنعه وهو ايضا على نوعين بدل مالي كالشراء والاجارة
وبدل غير مالي كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد وبغير بدل كالهبة والصدقة
والوصية فالذي يدخل بغير صنعه لا يعتبر فيه نية التجارة مجردة بالاتفاق
والذي يدخل ببدل مالي يعتبر فيه النية بالاتفاق والذي يدخل ببدل غير مالي او بغير
بدل اختلف فيه على ما ذكر واذا اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه
زكاة التجارة انما عليه حق الارض من العشر والخراج وذلك لانه لا يجمع بين الزكاة و
العشر والخراج متعذر وكان العشر والخراج اولى فانهما يجبان من غير اعتبار حول
ولا يخلو عنهما في دار الاسلام الا عارضا كذا في البناية ولو عين الناذر
للتصدق اليوم والدرهم والفقير يعني اذا قال الناذر علي ان اتصدق اليوم بهذا
الدرهم على هذا الفقير فتصدق في غد درهما آخر على غير هذا الفقير يجزيه عندنا ولا يجزيه
عند زفر لانه بغير ما التزم بنذره فلا يعتبر عنه ولنا ان ما هو قربة وهو اصل
التصدق قد دخل تحت النذر وقد اعطاه والتعيين ليس بقربة فبطل ٥

باب زكاة السوائم

قال صاحب النهاية والعناية ذكر في المبسوط ان محمدا رحمه الله تعالى بدأ في كتاب الزكاة زكاة السوائم
اقتداء بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانها بدئت فيها بزكاة الابل وقيل لان قاعدتهم هنا
كانت في حق العرب وهم كانوا ارباب المواشي والسوائم جمع سائمة من سامت الماشية اذا رعت
سوما واسامها صاحبها اسامة وذكر في التحفة السائمة هي التي تسام في البراري لقصد
الدر والنسل حتى انها اذا اسيمت للحمل والركوب لا للدر والنسل لا تجب فيها الزكاة وكذا اذا اسيمت
للبيع وقصد التجارة لا للدر والنسل لا يجب فيها زكاة السائمة السائمة التي تكتفي بالرعي
الرعي بالكسر الكلأ وبالفتح مصدر قال مولانا محمد الوالي في تعليقاته على الصدر والاكثر هنا انسب
يقول الفقير وفيه بحث في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة اما في الاكثر
فلان القليل تابع في الاكثر لان اصحاب السوائم لا يجدون بدا من ان يعلفوا سوائمهم في وقت البرد
والثلج كما في البلاد الباردة واما في النصف فلانه يقع الشك في ثبوت سبب الايجاب
فلا يجب ولا يرجح جانب الوجوب لجهة العبادة لان الترجيح انما يكون بعد ثبوت السبب

قال صاحب النهاية ثم هذا الذي ذكر من اعتبار السائمة في حق ايجاب زكاة السوائم انما يصح ان لو كانت
الاسامة للدر والنسل او للتسمين واما الاسامة للتجارة فلا يجب فيها زكاة السائمة
وكذلك في الاسامة للحمل والركوب لا يجب فيها الزكاة اصلا انتهى وقد نقلناه آنفا عن التحفة
وليس في اقل من خمس من الابل زكاة فاذا كانت خمسا سائمة ففيها شاة الى تسع قال
قيل الاصل في الزكاة ان تجب في كل نوع منه ايضا وكيف وجبت الشاة بالابل قلت بالنص على خلاف
القياس ولان الواحد من خمس والواجب ربع العشر وفي ايجاب الشقص ضرر عيب الشركة
فاوجبت الشاة لانها تقرب ربع عشر الابل لانها كانت تقوم بخمسة دراهم هناك وبنت مخاض
باربعين فايجابها في خمس من الابل كايجاب الخمس في المائتين من الدراهم وفي العشر شاتان
الى اربع عشرة وفي خمس عشرة ثلاث شياه الى تسع عشرة وفي عشرين اربع شياه الى اربع وعشرين
وفي خمس وعشرين الى خمس وثلثين بنت مخاض وهي التي طعنت في السنة الثانية على هذا
اتفقت الآثار واجمع العلماء الا ما روي شاذا عن علي كرم الله وجهه انه قال في خمس وعشرين
خمس شياه وفي ست وعشرين ابنة مخاض انما سميت بنت مخاض لمعنى ان امها صارت
مخاضا باخرى ثم اعلم ان صفات الواجب في الابل الانوثة قال صاحب التحفة لا يجوز فيها
سوى الاناث لا بطريق القيمة وفي ست وثلثين الى خمس واربعين بنت لبون وهي التي
طعنت في السنة الثالثة وانما سميت بنت لبون لمعنى في امها فانها لبون بولد آخر
وفي ست واربعين الى ستين حقة وهي التي طعنت في السنة الرابعة وانما سميت حقة لمعنى
فيها وهي انه حق لها ان تركب ويحمل عليها وفي احدى وستين الى خمس وسبعين جذعة
وهي التي طعنت في السنة الخامسة وانما سميت جذعة بفتح الذال بمعنى في اسنانها تعرف
عند ارباب الابل وهي اعلى الاسنان التي توخذ في زكاة الابل وبعدها ثني وسديس
وبازل ولا يجب شيء من ذلك في الزكاة لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم السعاة عن اخذ
كرائم اموال الناس وقيل سميت جذعة لانها الحادث الجذع يقال جذع الدابة اذا حبسها على غير
علف وفي ست وسبعين الى تسعين بنتا لبون وفي احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين
بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان ابا بكر رضي الله عنه لما وجهه
الى البحرين فقال بسم الله الرحمن الرحيم
هذه فريضة الصدقة التي فرض الله تعالى على المسلمين فمن سئلها من المسلمين على وجهها فليعطها
ومن سئل فوقها فلا يعط الخ ثم في كل خمس شاة مع الحقتين الى مائة وخمس واربعين ففيها حقتان
وبنت مخاض الى مائة وخمسين ففيها ثلاث حقاق ثم في كل شاة الى مائة وخمس وسبعين ففيها ثلاث حقاق
وبنت لبون الى مائة وست وثمانين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم يفعل في الخمسين التي بعد المائة والخمسين قيد بذلك احترازا عن الاستيناف الاول
وهو ما كان بعد المائة والعشرين اذ ليس فيه ايجاب بنت لبون ولا ايجاب اربع حقاق لعدم نصابهما لانه لما زاد
خمس وعشرون على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة واربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين
فلما زاد عليها خمس وصار مائة وخمسين وجب ثلاث حقاق في الاستيناف الاول بتغير الواجب من الخمس الى الخمس
الى ان بلغ النصاب الى مائة وخمسين ثم استونفت الفريضة وفي الاستيناف الثاني كذلك فيجب بعد مائتين
في كل خمس شاة الى خمس وعشرين ثم بنت مخاض الى ست وثلثين ثم بنت لبون الى ست واربعين ثم
حقة الى الخمسين ثم تستانف الفريضة بعد المائتين والخمسين هكذا وتوضيحه ان في الاستيناف الثاني
تغير الواجب من خمس وعشرين الى ست وثلاثين اعني من مائة وخمس وسبعين الى مائة وست وثمانين
فيكون العفو في الاستيناف الثاني في هذه الصورة عشرة وفي الاول خمس ثم تغير الواجب
في الاستيناف الثاني من ست وثلاثين اعني من مائة وست وثمانين الى مائة وست وتسعين وليس
في الاستيناف الاول فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم ان شاء ادى
منها اربع حقاق من كل خمسين حقة وان شاء ادى خمس بنات لبون من كل اربعين بنت لبون ثم تستانف
الفريضة ابدا يعني اذا زادت الابل على مائتين تستانف الفريضة حتى اذا زادت خمس الى مائتين كان فيها
واربع حقاق الى آخر ما ذكر من كيفية الاستيناف الثاني كذا في النهاية

انما قال الخ ولم يذكر الحديث بتمامه
لان ذكر الحديث في المحل لا حاجة
فهو على ما ذكر في صحيح المصابيح لو ذكره
يطول هذه الصحيفة ولا ينتهي لكن اورد
الحديث في المصابيح هكذا بعد البسملة
هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله
على المسلمين والتي امر الله بها رسوله الخ
وكذا في المشكاة وتعقب الشارح الطيبي عنده
الرواية اوا عتمد على مطالع الهداية
ومن ادعى الكمال العناية والهداية
تحرر

فصل

قدم ذكر البقر على ذكر الغنم لقربه من الابل من حيث الضخامة والقيمة وهو مشتق من بقر اذا شق
ويسمى البقر لانه يشق الارض والاصل في وجوب زكاة البقر وسائر المواشي التي وجبت
فيها الزكوة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا الفين احدكم يوم القيمة وعلى
عاتقه بعير رغاء وهو صوت الابل فيقول يا محمد يا محمد فاقول لا املك لك من الله شيئا
الا قد بلغت ولا الفين احدكم يوم القيمة وعلى عاتقه فرس لها حمحمة فيقول يا محمد يا محمد
فاقول لا املك لك من الله شيئا الا قد بلغت ولا الفين احدكم يوم القيمة وعلى عاتقه
شاة يبعر فيقول يا محمد يا محمد فاقول لا املك لك من الله شيئا الا قد بلغت
وحديث المشارق الذي رواه مسلم عن جابر رض وهو قوله صلى الله عليه وسلم
ما من صاحب ابل لا يفعل فيها حقها الى اخر الحديث يدل على وجوبها في الابل والبقر والغنم والجواهر
وليس في اقل من ثلثين من البقر زكاة لانه صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ رض وخذ من كل ثلثين
تبيعا او تبيعة وفي اربعين مسنا وانعقد عليه الاجماع فاذا كانت ثلاثين سائمة
ففيها تبيع وهو ما طعن في الثانية او تبيعة الى اربعين وانما سمي تبيعا لانه يتبع امه
ففيها في الاربعين مسن وهو ما طعن في الثالثة او مسنة وانما خير بين الذكر والانثى
لان الانوثة والذكورة في البقر لا تعد فضيلة ولا شيء فيما زاد على اربعين الى ان يبلغ ستين
عند ابي يوسف ومحمد وهو رواية اسد بن عمرو عن الامام وعند الامام فيما زاد على الاربعين
بحسابه الى ستين وهو رواية الاصل ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسن وفي اثنين نصف عشر
مسن وذلك جزء من اربعين جزءا من مسن لان الاربعة عشر للاربعين وربع الاربعة واحد فيكون ربع
العشر جزءا من اربعين ونصف العشر جزءان من اربعين جزءا لان عشر الاربعين اربعة ونصف
الاربعة اثنان وفي رواية الحسن عنه انه لا شيء في الزيادة حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة
وربع مسنة او ثلث تبيع ووجه رواية الاصل ان العفو فيما بين الثلاثين والاربعين بالنص
وما فوقهما ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص ههنا فاوجبنا فيما زاد بحسابه وتحملنا
التقصير وان كان خلاف موضع الزكاة صونا للنصاب عن الاخلاء عن الواجب ووجه رواية
الحسن ان الاوقاص في البقر تسع تسع بدليل ما قبل الاربعين وما بعد الستين فكذلك
فيما بين ذلك لانه تلحق بما قبله او بما بعده ولانه مبنى هذا النصاب اي نصاب البقر على ان يكون
بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب بدليل ما قبل الاربعين وبعد الستين فيكون
بين الاربعين والستين كذلك لكنه يخير بين اعطاء ربع مسنة او ثلث تبيع لان
الزيادة على الاربعين عشرة وهي ثلث ثلثين وربع اربعين فيخير بينهما ووجه
رواية اسد وهو قولهما قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رض لا تاخذ من اوقاص
البقر شيئا وفسروها بما بين الاربعين الى ستين والاوقاص جمع وقص بفتح القاف
وهو ما بين الفريضتين وكذا الشنق بفتح النون وبعض العلماء يجعل الوقص في البقر والشنق
في الابل خاصة فان قد قيل ان المراد بالاوقاص الصغار يعني العجاجيل وبه نقول
اذ لا شيء فيها وفي الستين تبيعان وفي سبعين مسنة وتبيع وهكذا يحسب كلما
زاد عشر ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل اربعين مسنة يعني يتغير الفرض
هكذا في كل عشر يعني اذا صار تسعين يجب ثلاثة اتبعة وفي مائة تبيعان ومسنة
وفي مائة وعشر مسنتان وتبيع ومائة وعشرين ثلاث مسنات او اربع اتبعة
لقوله صلى الله عليه وسلم في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي
كل اربعين مسن او مسنة والجواميس كالبقر لان اسم البقر يتناولها
اذ هي نوع منه قال صاحب الهداية الا ان اوهام الناس لا تسبق اليها في ديارنا
لقلتها فلذلك لا يحنث باكل لحمها في يمينه لا ياكل لحم بقر لعدم العرف
وقال صاحب النهاية حتى لو كثر في موضع ينبغي ان يحنث

جابر ما من صاحب ابل لا يفعل فيها حقها
الا جاءت يوم القيمة اكثر ما كانت وقعد لها
بقاع قرقر تستن عليه بقوائمها واخفافها
ولا صاحب بقر لا يفعل فيها حقها الا جاءت
يوم القيمة اكثر ما كانت وقعد لها بقاع
قرقر تنطحه بقرونها وتطاه بقوائمها
ولا صاحب غنم لا يفعل فيها حقها الا
جاءت يوم القيمة اكثر ما كانت وقعد لها
بقاع قرقر تنطحه بقرونها وتطاه باظلافها
ليس فيها جماء ولا منكسر قرنها ولا صاحب
كنز لا يفعل فيه حقه الا جاء كنزه يوم القيمة
شجاعا اقرع يتبعه فاتحا فاه فاذا اتاه
فر منه فيناديه خذ كنزك الذي خبأته
فانا عنه غني فاذا راى ان لا بد منه سلك
يده في فمه فيقضمها قضم الفحل مشارق الانوار

فصل

قدم فصل الغنم على الخيل اما لكون الحاجة الى بيانه امس لكثرته واما لكونه متفقا عليه والغنم
اسم جنس يقع على القليل والكثير وليس في اقل من اربعين من الغنم زكاة فان كانت
اربعين سائمة ففيها شاتان الى مائتين وواحدة ففيها ثلاث شياه الى اربعمائة ففيها
اربع شياه ثم في كل مائة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفي كتاب ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع ولا خلاف بين العلماء
الا ما حكي عن الحسن بن صالح من انه اذا زادت على ثلاثمائة واحدة ففيها اربع شياه وفي
اربعمائة خمس شياه والضأن والمعز الضأن جمع ضائن والمعز جمع ماعز كركب وراكب
الاول لما كان ذات الصوف والثاني لما كان ذات الشعر والضأن اسم للذكر والنعجة
والنعجة اسم للانثى من ذوات الصوف والتيس اسم للذكر والمعز للانثى من ذوات الشعر
ويقال للغنم بالفارسية ميش وللثاني بز واما الشاة فهو اسم جنس يشملهما كالغنم
ويقال لها بالفارسية گوسفند سواء يعني يجب في اربعين غنما شاة سواء كان الضأن
ضأنا خالصا او معزا خالصا او مختلطا منهما لان النص ورد في الغنم وهو شامل لها
قال صاحب النهاية والعناية والضأن والمعز سواء في تكميل النصاب لا في اداء الواجب
لما سيذكره ان الجذع من المعز لا يجوز في الاضحية وادنى ما يتعلق به الزكاة ويؤخذ في
الصدقة الثني وهو ما تمت له سنة منها لا الجذع قوله ما اتى عليه اكثر السنة وعن
ابي حنيفة رح وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله صلى الله عليه وسلم وانما حقنا الجذعة والثنية
ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكاة وجه الظاهر حديث علي كرم الله وجهه موقوفا ومرفوعا
لا يؤخذ في الزكاة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار
ولهذا لا يجوز فيه الجذع من المعز فكذا من الضأن وجواز التضحية به عرفناه نصا
والمراد بما رواه الجذعة من الابل وروى علي بن الرقاق ان الجذع ما طعن في الشهر التاسع
وعن ابي عبد الله الزعفراني انه ما طعن في الشهر الثامن وذكر في شرح الاقطع قال الفقهاء
ان الجذع من الغنم ما تمت له ستة اشهر هذا تفسير علماء الفقه وعن الازهري الجذع من
المعز لسنة ومن الضأن لثمانية اشهر والثني الذي يلقي ثنيته ويكون من الابل في استكمال
السنة الخامسة ودخل في السادسة ومن الغنم والبقر في استكمال الثانية ودخل
ومن الفرس والبغل والحمار ما استكمل الثالثة ودخل في الرابعة وهذه كلها بتكلف الجذع
وقيل الرباعي ما دخل في الخامسة وهذا تفسير اهل اللغة كذا في العناية

فصل

اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا ففيها الزكاة عند ابي حنيفة رح في رواية وعنه خلافا لهما
وهو قول الشافعي ايضا وفي فتاوى قاضيخان والفتوى على قولهما وكذلك رجح قولهما في الاسرار واما
شمس الائمة السرخسي وصاحب التحفة رجحا قول ابي حنيفة رح واحتجا بقوله صلى الله عليه وسلم
ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله صلى الله عليه وسلم في كل فرس سائمة دينار
او عشرة دراهم وتاويل ما رواه فرس الغازي هو المنقول عن زيد بن ثابت رض فان هذه الحادثة
وقعت في زمن مروان فشاور الصحابة فروى ابو هريرة رض ليس على الرجل في عبده ولا في فرسه
صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت ما تقول يا ابا سعيد فقال زيد صدق رسول الله عم
وانما اراد به فرس الغازي واما ما حبس لطلب نسلها ففيها الصدقة وعمر رض كتب الى ابي
عبيدة بن الجراح فامره ان ياخذ من الخيل السائمة من كل فرس دينارا او عشرة دراهم قال
صاحب الدرر ونصاب الخيل خمسة وقيل ثلاثة ثم قال نقل عن صاحب مجمع الفتاوى
وفي خزانة الفتاوى قال ابو جعفر الطحاوي نصابها خمسة فاذا كان اقل من خمسة
لا يجب وقال ابو احمد العياضي نصابها ثلثة فاذا كان اقل منها لا يجب فان شاء اعطى
عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من قيمتها ربع العشر ان بلغت قيمتها نصابا

والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رض فانه كتب الى ابي عبيدة رض خيّر اربابها
يعني ان شاؤوا ادوا من كل فرس دينارا والا قوموا واعطوا من مائتي درهم خمسة دراهم
وحمل الطحاوي الاخبار الى المصدق وليس كذلك وانما الخيار الى صاحب المال
وليس للمصدق الامتناع وانما جعل حق الاخذ الى السعاة لانها سائمة ترعى
في البرية والغارة فيحتاج الى حماية السلطان ثم قيل هذا التخيير في افراس العرب لتساويها
في القيمة فالزكاة باعتبار القيمة البتة وفي الكفاية لا يأخذ الامام صدقة الخيل جبرا كما يأخذ صدقة
سائر السوائم ثم انها اذا كانت للتجارة يجب فيها الزكاة اتفاقا وان كانت غير سائمة
لا يجب فيها اتفاقا وان كانت اسامها للركوب والجهاد لا يجب فيها ايضا اتفاقا كما في
وليس في الذكور الخلص شيء اتفاقا لانها لا تتناسل فينعدم النماء هذا ظاهر الرواية
وفي رواية النوادر عن الامام انها تجب في الذكور المنفردة ايضا اعتبارا بسائر السوائم فيكون
مراد المصنف بقوله اتفاقا في ظاهر الرواية تدبر ثم انه استشكل بذكور الابل والبقر والغنم منفردا
فانها لا تتناسل وتجب فيها الزكاة اجيب بان النماء شرط وجوب الزكاة لا علة
وهو في الخيل بالتناسل لا غير ولا تتناسل في ذكور الخيل منفردة واما غيرها فالنماء
فيه كما يكون به يكون باللحم والغير فيجب فيه الزكاة وفي الاناث الخلص عن الامام روايتان
في رواية لا زكوة فيها لانها بانفرادها لا تتناسل ايضا وتجب في رواية اخرى لانها تتناسل بالفحل
المستعار بخلاف الذكور ولا شيء في البغال والحمير ما لم يكن للتجارة لقوله صلى الله عليه وسلم
لم ينزل علي فيها شيء والمقادير تثبت سماعا روي انه سئل عن الحمير فقال لم ينزل علي فيها
الا هذه الآية الجامعة وهي قوله تعالى فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره الآية وقال عليه الصلاة والسلام
ليس في الكسعة صدقة والكسعة الحمير واذا لم يجب في الحمير لم يجب في البغال ايضا لانها من نسل الحمير
الا ان يكون للتجارة لان الزكاة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة وكذا الفصلان
جمع فصيل وهو ولد الناقة من فصل الرضيع عن امه والحملان بضم الحاء وقيل بكسرها جمع حمل
ولد الضأن في السنة الاولى والعجاجيل جمع عجول بكسر العين وتشديد الجيم المفتوحة
ولد البقرة يعني ليس في جميع هذه المذكورات زكاة قيل في صورة المسئلة اشكال
لان الزكاة لا تجب الا بعد الحول وبعده لا يسمى باسم الحمل والفصيل والعجول فقيل
في صورتها رجل اشترى خمسة وعشرين من الفصلان او ثلاثين من العجاجيل او اربعين
من الحملان او وهب له ذلك هل ينعقد عليه الحول او لا فعند ابي ح ومحمد لا ينعقد
بل يعتبر ان انعقاد الحول من حين الكبر وعند غيرهما ينعقد حتى لو حال عليها الحول من
حين ملكها وجبت الزكاة وقيل صورتها اذا كان له مثلا خمس وعشرون ناقة او ثلاثون
بقرة او اربعون غنما فولدت اولادا قبل تمام الحول فهلكت الامهات وبقيت الاولاد
وهل يبقى حول الاصول على الاولاد ففي ظاهر الرواية لا يبقى وفي الباقية يبقى قال صاحب العناية والهداية
وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن ابي يوسف انه قال دخلت على ابي ح فقلت
ما تقول فيمن ملك اربعين حملا فقال فيها شاة مسنة اي بانيت لها سنتان فقلت
ربما يأتي قيمة الشاة على اكثرها او جميعها فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن تؤخذ واحدة
منها فقلت او يؤخذ الحمل في الزكاة فتأمل ساعة ثم قال اذن لا يجب فيها شيء فاخذ
بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف وبقوله الثالث محمد رحمهم الله تعالى
ثم انه عد هذا من مناقبه حيث تكلم في مسئلة في مجلس واحد ثلاثة اقاويل فلم يضيع
وقال محمد بن شجاع لو قال قولا رابعا لاخذت به ومن المشايخ من رد هذا وقال
ان مثل هذا من الصبيان محال فما ظنك بابي حنيفة رحمه الله الملك المتعال وقال بعضهم
لا معنى لرده فانه مشهور مستفيض لكن يجب ان يوجه الى ما يليق بحال ابي ح
فيقال انه امتحن ابا يوسف انه هل يهتدي الى طريق المناظرة فلما عرف انه
يهتدي اليه قال قوله الذي هو عليه كذا في الفوائد الظهيرية ه

يقول الفقير

يقول الفقير فعلى هذا ينبغي ان يأخذ ابو يوسف القول الاخير مع انه قال اخذ القول الثاني ز
وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب يعني اسم الابل والبقر والغنم ينتظم الصغار والكبار
ووجه قوله الثاني انا لو اوجبنا فيها ما يجب في المسان اي في الكبار وهو لا يوجد فيها
كان اجحافا باصحاب المال ولو لم نوجب شيئا كان اضرارا بالفقراء فاوجبنا واحدة
نظرا للجانبين كما في المهازيل فانه لا يوجب فيها المسنة وانما نوجب فيها واحدة منها
ووجه قوله الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع
الا ان يكون معها كبار قالوا اذا كان في الحملان مثلا كبار ولو كانت واحدة جعلت تبعا لها في
انعقادها نصابا لكن لا يتأدى الزكاة بالصغار بل يدفع لها من الكبار ان كانت على مقدار
بيانه اذا كان له مسنان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنان وان كانت له مسنة واحدة
ومائة وعشرون حملا فعند ابي يوسف مسنة وحمل وعلى هذا القياس فصل الابل والبقر يعني
اذا كان له تسعة وعشرون عجلا وتبيع يؤخذ التبيع فحسب عندهما لانه ما يجزي في الوجوب
وقال ابو يوسف يؤخذ التبيع وعجل منه وكذلك خمس وسبعون من الفصلان وبنتا لبون
فعندهما يؤخذ بنت لبون فقط وعند ابي يوسف يؤخذ بنت لبون وفصيل قال صاحب
والاصل في ذلك ما قال عمر رض عد عليهم السخلة ولو جاء بها الراعي يحملها على كفه ولا تأخذ
فقد نهى عن اخذ الصغار عند الاختلاط وعند ابي يوسف فيها واحدة منها وهي رواية
الوسطى عن الامام وبها اخذ الشافعي ايضا وقد بيّنتها وجهها آنفا ولا في الحوامل وهي
المعدة لحمل الاثقال والعوامل وهي المعدة للاعمال والعلوفة بفتح العين ما يعلف به
من الغنم وغيره الواحد والجمع سواء من علف الدابة اطعمها العلف خلافا لمالك لظواهر النصوص
يعني لقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة وقوله صلى الله عليه وسلم خذ من الابل الابل وفي اربعين
شاة شاة وغير ذلك ولنا حديث علي كرم الله وجهه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
ليس في الابل الحوامل صدقة وحديث ابن عباس رض عنه عليه السلام ليس في البقر العوامل صدقة
وحديث جابر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس في البقر المثيرة صدقة وهو مذهب علي
وجابر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم وقيل السبب هو المال النامي وهذه الاموال
ليست بنامية لان دليل النماء الاسامة والاعداد للتجارة والغرض عدمهما واذا انتفى السبب
انتفى الحكم ولان العلوفة تتراكم المؤنة فيها فينعدم النماء معنى وكذا السائمة المشتركة
اي ليس فيها زكاة لقوله عليه السلام اذا انتقص شياه الرجل من اربعين فلا شيء فيها
انما تجب باعتبار الغنى ولا غنى الا بالملك فانه لا يعد غنيا بملك شريكه ه
ويستوي في ذلك شركة الاملاك والعقود فلو كان بينه وبين آخر خمس من الابل او اربعون
شاة فلا شيء على واحد منهما الا ان يبلغ نصيب كل منهما نصابا فلو كان بينهما عشرة
من الابل او ثمانون شاة فعلى كل واحد منهما شاة ولو كانت بين صبي وبالغ فعلى البالغ
ومن وجب عليه مسن المسن هي المعروفة ثم سمي بها صاحبها كالناب للمسنة من النوق
ثم استعيرت لغيرها كابن المخاض وذكر السن واراد ذات السن لانما يكون في الحيوان لا في الا
لان عمر الدواب يعرف بالسن قال عليه السلام اعطه سنا خيرا من سنه اي ابلا خيرا من ابله
وخذ الفضل فلم يوجد عنده اي عند المالك دفع ادنى منه مع الفضل او اعلى منه واخذ
صورة المسئلة رجل وجب عليه بنت لبون ولم يجد دفع بنت مخاض مع الفضل او دفع
الحقة واخذ الفضل من الساعي يكون الخيار للمالك لان الخيار شرع رفقا بمن عليه الواجب
والرفق وانما يتحقق بتخييره واذا كان الخيار للمالك لا يقدر الساعي في هذه الصورة
ان يقول آخذ بنت مخاض مع الفضل او الحقة وارد الفضل عليك وقيل الخيار للساعي
ففي الصورة المزبورة ان شاء اخذ بنت مخاض مع الفضل او الحقة ورد الفضل
ويملك المالك ان يقول ادفع بنت مخاض مع الفضل او حقة واسترد الفضل
وفي الهداية وشروحها هنا تحقيقات ان شئت فاطلب منها ه

وشرحه

ويجوز دفع القيم في الزكاة والعشر والخراج والكفارات والنذور وصدقة الفطر
يعني ان اداء القيمة مكان المنصوص عليه في الصور المذكورة جائز لا على ان القيمة بدل عن
الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود عين
المنصوص عليه في ملكه جائز فكان الواجب عندنا اما العين او القيمة وقال الشافعي
لا يجوز دفع القيم اتباعا للمنصوص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في كل اربعين شاة
شاة مثلا كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصال للرزق الموعود
الى الفقير فيخرج عن عهدة الامر بقيمة الشاة كما يخرج بعين الشاة بيانه ان الله تعالى
وعد الرزق بقوله وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ثم لما امر الله الغني باداء الزكاة
التي هي حق الله تعالى خالصا الى الفقير الذي له على الله حق بحكم الوعد علم ان المقصود
باداء الزكاة ايضا ذلك الرزق الموعود وكفاية الفقير فصار كانه تعالى قال اديا عليك
من حقي للفقير الذي له علي حق بحكم الوعد فكما يحصل رزق الفقير وكفايته بعين الشاة
يحصل بقيمتها ايضا بل اولى لان الفقير بعين الشاة يتوسل الى نوع من الكفاية وهو
الاكل وبقيمتها يتوسل الى انواع من الكفاية فيخرج عن العهدة بالقيمة بالطريق الاولى
كذا في العناية والبيانية يقول الفقير في اولويته شيء لانه يمكن للفقير بعد اخذ عين
الشاة وبيعها وصرف ثمنها الى انواع الكفاية اللهم الا ان يقال ربما لا يكون
في بيع الشاة رواج فلا يقدر على البيع بقيمتها فيكون اخذ القيمة اولى للفقير تدبر
وانما لم يجز اعطاء القيمة في الهدايا والضحايا لان معنى القربة فيها اراقة الدم وذلك
لا يتقوم فلا يقوم شيء اخر مقام الاراقة فان قيل لا نسلم ان المقصود كفاية الفقير ولهذا لا يجوز
اداء الزكاة الى الفقير الكافر ولا الى الوالدين والولد الكبير وان كانوا فقراء قلت
انما لم يجز اداؤها اليهم لان الشرع لم يرض باداها اليهم فان قلت لو كان المقصود
كفاية الفقير فلا يخلو اما ان يكون كفاية العمر او كفاية الحال فالاول لا لانها لا تحصل عن الزكاة
وكذا الثاني لان اداء الزكاة يجوز الى من له كفاية ما سوى درهم الا درهما قلت المقصود
ولا ذاك بل المقصود الكفاية الحاصلة بقدر الزكاة فلا يرد سؤال كذا في البيانية

ويسقط الزكاة بهلاك جميع المال بعد الحول وقال الشافعي ان هلك بعد
التمكن من الاداء بالطلب بل من الاستحقاق في الاموال الباطنة وبالساعي في الاموال
الظاهرة لا تسقط لان الواجب قد تقرر في الذمة بحصول التوسع على الاداء ومن
تقرر عليه الواجب لا يبرأ عنه بالعجز عن الاداء كما في صدقة الفطر والحج وديون العباد
ولنا ان الواجب جزء من النصاب وبقاء الجزء بعد هلاك النصاب محال كدفع العبد الجاني
بالجناية يسقط الدفع بهلاكه وهذا بناء على ان الزكاة عندنا يجب في الذمة وعنده
في العين وانما قال بهلاكه لانه لو استهلك لا تسقط لانه وجد التعدي ولو هلك
نصاب السائمة بعد طلب الساعي الزكاة قيل يضمن وهو قول العراقيين من اصحابنا
لكونه متعينا للطلب فالمنع يكون تفويتا كما في الاستهلاك وقيل لا يضمن وهو قول مشايخ
ما وراء النهر قيل هو الصحيح لان وجوب الضمان يستدعي تفويت يد او ملك ولم يوجد
والمالك ان شاء دفع العين وان شاء دفع القيمة من النقدين والعروض وغير ذلك فكان
له ان يؤخر الدفع ولو هلك سائر النصاب بعد طلب فقير لا يضمن اصلا لان للمالك الراي
في التصرف الى من شاء من الفقراء فما يتعين هذا الفقير مستحقا وان هلك بعضه سقط
حصته اعتبارا للبعض بالكل فان قيل انما هو شرط الوجوب وهو ملك النصاب جعلتموه
شرط الاداء حتى اذا هلك النصاب وقت الاداء لا يجب فيه الزكاة فكذلك كمال النصاب
شرط الوجوب فينبغي ان يجعل شرط الاداء حتى لا يلزمه اداء شيء اذا انتقص النصاب قلنا
كمال النصاب ليس شرط الوجوب لعينه ولكن بحصول الغناء به للمالك وغناء المالك انما
يعتبر وقت الوجوب ولا يعتبر عنده تحقق اداء الزكاة كذا في النهاية نقلا عن المبسوط

ويصرف

ويصرف الهالك الى العفو اولا فان لم يجاوز الهالك العفو فالواجب على حاله كما اذا هلك بعد الحول عشرة من ستين
شاة او واحدة من ست من الابل حيث يبقى وجوب الشاة ثم الى النصاب يليه يعني ان جاوز الهالك
العفو يصرف الى نصاب يليه كما اذا هلك خمسة عشر من اربعين بعيرا فالاربعة تصرف الى العفو ثم احد عشر
الى النصاب الذي يليه وهو ما بين خمس وعشرين الى ست وثلاثين حتى يجب بنت مخاض كما سيأتي
ولا نقول ايضا ان الهالك يصرف الى النصاب والعفو حتى نقول الواجب في اربعين بنت لبون
وقد هلك خمسة عشر من الاربعين ويبقى خمس وعشرون فيجب نصف وثمن بنت لبون كما سيأتي
ولا نقول ايضا ان الهلاك الذي جاوز العفو يصرف الى المجموع النصب حتى يجعل يصرف اربعة الى العفو
ثم يصرف احد عشر الى المجموع ستة وثلاثين اي كان الواجب في ستة وثلاثين بنت لبون وقد هلك
احد عشر ويبقى خمسة وعشرون فالواجب ثلثا بنت لبون وربع تسع بنت لبون لان خمسة وعشرين
ثلثا بنت لبون وربع تسعه لان ثلثا ستة وثلاثين اربعة وعشرون فاذا زيد عليه ربع تسع
ستة وثلاثين وهو واحد يكون خمسة وعشرين كما سيأتي تدبر ثم وثم حتى ينتهي عند الامام
كما لو هلك من اربعين بعيرا عشرون فالاربعة تصرف الى العفو وواحد عشر الى نصاب يلي العفو
وخمسة الى النصاب يلي هذا النصاب حتى يبقى اربع شياه وقس عليه اذا هلك خمسة وعشرون
او ثلاثون او خمسة وثلاثون وهذا جميعا ظ وعند ابي يوسف يصرف بعد العفو الا
الى النصاب شايعا حتى يجب ثلثا بنت لبون وربع تسع بنت لبون في صورة هلاك خمسة عشر
من الاربعين وهذا خمس وعشرين عنده يصرف الهلاك بعد العفو الى مجموع النصب على ما بينا
والزكاة تتعلق بالنصاب دون العفو عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد تتعلق بهما
وكذلك عند زفر حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وعند محمد
يسقط بقدره للشيخين قوله صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل شاة وليس في الزيادة
شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو ولمحمد وزفر ان الزكاة
وجبت شكرا لنعمة المال والكل وان استغني نعمة فيتعلق الوجوب بالكل كما لو شهد
ثلاثة بحق فقضى به بانه يكون القضاء بشهادة الكل وان استغني عن الثالث في القضاء
حتى لو رجع ويسمى عفوا لانه يجب بدونه ولكن لو وجد فالوجوب يتعلق بالكل كذا في الكافي
فلو هلك بعد الحول اربعون من ثمانين شاة يجب شاة كاملة وعند محمد نصف شاة
فابو حنيفة يصرف الهلاك الى العفو فقط ومحمد يصرف الى الكل شايعا فيجب نصف الواجب
ولو كان له تسع من الابل وحال عليها الحول ثم هلك منها اربع فعليه في الباقي شاة عند الشيخين
وعند محمد وزفر عليه خمسة اتساع شاة ولو هلك خمسة عشر من اربعين بعيرا يجب بنت
عند ابي حنيفة لانه يصرف الهلاك الى العفو اولا ثم الى النصاب يليه فيصرف الاربعة الى العفو واحد عشر
الى النصاب يلي العفو فيبقى خمسة وعشرون وفيه بنت مخاض على ما بينا وعند ابي يوسف
خمسة وعشرون جزءا من ستة وثلاثين من بنت لبون لانه يصرف الهلاك بعد العفو الى النصب
فيجب ما ذكر في المتن على ما بينا آنفا وعند محمد نصف بنت لبون وثمنها لانه يصرف الهلاك
الى النصاب والعفو جميعا فاذا هلك خمسة عشر من الاربعين بقي خمس وعشرون فيجب نصف
وثمن بنت لبون على ما بينا آنفا اعلم ان صرف الهلاك الى العفو متصور في جميع الاموال
عند ابي حنيفة واما عندهما فلا يتصور الا في السوائم لان ما زاد على مائتي درهم لا عفو فيه عندهما
ويأخذ الساعي الوسط لا الاعلى ولا الادنى لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا من حزرات
اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا للجانبين
الحزرات بالحاء المهملة والنخبات جمع حزرة بالتحريك وهو خيار المال والحواشي جمع حاشية وهي
صغار الابل لا كبار فيها وكذلك من الغنم وذكر في المغرب خذ من حواشي اموالهم اي من عرض ماليهم
من جانب من جوانبها من غير اختيار وهي في الاصل جمع حاشية الثوب وغيره لجانبه
ولو اخذ البغاة زكوة السوائم او العشر او الخراج يفتي لاربابها
ان يعيدوها خفية ان لم يصرفوها في حقها الا الخراج

البغاة قوم من المسلمين خرجوا من طاعة الامام العدل بحيث يستحلون قتل العادل وماله بتاويل القرآن وهم امو لعط ذلك وقالوا من اذنب صغيرة او كبيرة فقد كفر وحل قتله الا ان يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا فيها فاذا ظهر هؤلاء على بلدة فيها اهل العدل واخذوا الخراج وصدقة السوائم والعشر ثم ظهر عليهم الامام لا ياخذ منهم ثانيا لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية الا يرى ان عمر رضي الله عنه كتب الى عامله ان كنت لا تحميهم فلا تجب من جبى الخراج جباية انما جمعه لكن يفتى لاربابها ان يعيدوها دون الخراج وهو اختيار ابي بكر الاعمش لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلين اذا ظهر عدو بقصد الاسلام واما الزكاة والعشر فمصرفهما الفقراء وهم لا يصرفون اليها واما صرفوها اليها لا يفتى بان يعيدوها وقيل اذا نوى بالدفع اليهم التصدق عليهم يسقط وهو المحكي عن الفقيه ابي جعفر قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وكذلك السلطان اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكاة عند الدفع سقطت الزكاة ٭

باب زكاة الذهب والفضة والعروض ٭

لما قدم ذكر زكاة السوائم لما ذكرنا فيها ذكر غيرها من اموال الزكاة نصاب الذهب عشرون مثقالا ونصاب الفضة مائتا درهم وفيهما ربع العشر لانه صلى الله عليه وسلم كتب الى معاذ رضي ان خذ من مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ثم في كل اربعة مثاقيل واربعين درهما بحسابه يعني لا شيء في الزيادة على عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ثم في اربعة مثاقيل حتى يبلغ اربعة مثاقيل في الذهب وكذلك لا شيء في الزيادة على مائتي درهم حتى يبلغ اربعين في الفضة فاذا بلغ الزائد الى اربعة مثاقيل يكون فيها قيراطان ثم في كل اربعين درهما يكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ بن جبل لا تاخذ من الكسور وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة وقال النبي صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع اموالكم من كل اربعين درهما درهم فقوله من كل اربعين درهما درهم خرج تفسيرا لقوله ربع عشور اموالكم كقولك تصدق بما في الكيس من الدراهم فان الدراهم يكون تفسيرا حتى لا ينصرف الا الى الدراهم فكذلك هاهنا يقتصر البنا على الاربعين من الدراهم كانه قال هاتوا من كل اربعين درهما درهما ثم لا يجب كذلك ابتداء فثبت ان المراد بعد المائتين الا يرى انه لا يدخل تحته سوى الدراهم من الطعام وكذلك لا يدخل غير الاربع من المقادير ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور الحرج لتعذر الوقوف لانه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم فعندهما يجب عليه خمسة دراهم وسبعة اجزاء من اربعين من درهم فيفتقر معرفة سبعة اجزاء من اربعين جزءا من درهم حرج لا يقدر على الاداء واذا لم يؤد في السنة الاولى للتعذر حتى حال حول آخر يجب عليه في السنة الثانية زكاة ما بقي من المال بعد الزكاة لان دين الزكاة مستحق وان لم يؤد وذلك مائتا درهم ودرهم وثلاثة وثلاثون جزءا من اربعين جزءا من درهم وزكاة درهم وثلاثة وثلث جزء من اربعين جزءا من درهم لا يعرف البتة وصح ما قلنا انه متعذر كذا في النهاية والعناية ٭ وقالا ما زاد بحسابه وان قلّ اذا زاد على المائتين درهم يجب جزء من اربعين جزءا وان زاد درهمان ففيها جزءان وان زاد ثلاثة فثلاثة لقوله عليه السلام في حديث علي كرم الله وجهه وما زاد على المائة فبحسابه ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال والقليل نعمة كالكثير فيجب الشكر كالكثير والمعتبر فيهما الوزن وجوبا واداء يعني المعتبر بلوغ وزن الذهب والفضة اداء ووجوبا وعند محمد يعتبر الانفع للفقراء وعند زفر يعتبر القيمة حتى لو ادى عن خمسة دراهم جياد زيوفا جاز وكره عند الشيخين وعند زفر ومحمد لا يجوز ولو بالفضل ولو ادى اربعة جيدة فيها درهم عن خمسة رديئة لا يجوز الا عن اربعة عند الثلاثة لانهما يعتبران الكل

ومحمد يعتبر الانفع وعند زفر يجوز عن خمسة لانه يعتبر القيمة ولو كان له ابريق فضة وزنه مائتان وقيمته ثلاثمائة فادى خمسة جاز عندهما لان العبرة للوزن خلافا لزفر ومحمد ولو كان مائة وخمسين وقيمته مائتين لا يجب اتفاقا لان ما ذكر من اعتبار الوزن والانفع والقيمة انما هو بعد بلوغ النصاب وهو ما بلغ النصاب لان وزنه مائة وخمسون ٭ والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل يعني الدراهم المعتبرة في النصاب هو ان يكون بحيث يوزن عشرتها بسبعة مثاقيل اعلم ان الدراهم كانت مختلفة في زمن عمر رضي الله عنه وكانت على ثلاثة اصناف صنف منها كل عشرة عشرة مثاقيل كل درهم مثقال وهو عشرون قيراطا وصنف منها كل عشرة ستة مثاقيل كل درهم ثلاثة اخماس مثقال فيكون كل درهم اثنا عشر قيراطا وصنف منها كل عشرة خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال فيكون كل درهم عشرة قراريط وكان المثقال نوعا واحدا وعشرون قيراطا كان عمر رضي الله عنه يطالب الناس في استيفاء الخراج باكبر الدراهم فشق عليهم ذلك فالتمسوا منه التخفيف فشاور عمر رضي الله عنه اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ان يجمع عمر من كل صنف عشرة دراهم فيصير الكل احدا وعشرين مثقالا فاذا اخذ ثلث ذلك كان سبعة مثاقيل فيكون كل عشرة دراهم مائة واربعين قيراطا ومائتا درهم مثل مائة واربعين مثقالا ثم قدر الدرهم الواحد سبعة اعشار المثقال الواحد لان اربعة عشر قيراطا سبعة اعشار عشرين قيراطا والمثقال الواحد مثل الدرهم الواحد ومثل ثلاثة اسباعه ثم الدينار الواحد ستة دوانق وهو عشرون قيراطا وهو ستون حبة وهو اربعة وعشرون طسوجا وهو مائة وعشرون شعيرة وهو مائتان واربعون ارزة والارزة خردلتان من الخردل البري بقول الفقير هكذا استخرجته من النهاية والحبانية وفي خلاصة الفتاوى قيل يعتبر في كل بلدة وزن تلك البلدة وما غلب ذهبه وفضته فحكمه حكم الذهب والفضة الخالصين على تقدير كونهما مغشوشين فيعتبر الوزن اذا غلب الذهب والفضة وما غلب غشه تعتبر قيمته ان تبلغ نصابا لا وزنه لان الدراهم والمثاقيل لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فمست الضرورة الى اعتبار القليل ولا ضرورة في الكثير فقطعا بالغلبة بان يزيد على النصف اذ المغلوب في مقابلة الغالب كالمعدوم فيجب في الزيوف والنبهرجة لان الغالب عليها الفضة واختلف في المساوي يعني ان كان الغش والفضة او الذهب سواء ذكر ابو نصر انه يجب فيه الزكاة احتياطا وقيل لا يجب وقيل درهمان ونصف وتشترط نية التجارة فيه اي فيما غلب غشه كالعروض الا اذا كانت تخلص منه فضة او ذهب يبلغ نصابا وحده فيجب الزكاة ولا تشترط نية التجارة لانه لا تعتبر في عين الفضة والذهب القيمة ولا نية التجارة ويجب في تبرهما وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة وحليهما على نحو جمع حلي كثدي وثدي كذا في الصحاح وهو ما يتحلى به المرأة من الذهب والفضة وآنيتهما جمع اناء كاسقية جمع سقاء وقال الشافعي لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح وكل ما كان كذلك لا زكاة فيها كثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب بالاغناء ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب فانه ليس فيها دليل النماء والابتذال فيها اصل لان فيه عمرو بن العاص رضي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى امرأتين تطوفان بالبيت وعليهما سواران من ذهب فقال اتؤديان زكاتهما فقالتا لا قال اتحبان ان يسوركما الله بسوارين من نار فقالتا لا قال اديا وفي حديث ام سلمة رض انها كانت تلبس اوضاحا من ذهب فقالت يا رسول الله اكنز هي فقال ان اديت منها الزكوة فلا وجه وقال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية ٭ علق الوجوب باسم الذهب والفضة وانه موجود في حليهما لان المراد بالكنز عدم اخراج الزكاة

الدرهم والدينار والمثقال والقيراط

زكوتهما

ويجب الزكاة ايضا في عرض تجارة بلغت قيمتها نصابا من احدهما اي الذهب والفضة والعروض جمع عرض بسكون الراء وفتح العين متاع لا يدخله كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا كذا في الصحاح واما العرض بفتح الراء فمتاع الدنيا يتناول لجميع الاموال كذا في التهذيب ثم ان وجوبها فيها لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وهي النقدين قال صاحب العناية ويشترط نية التجارة حالة الشراء اما اذا كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران عمل التجارة بنيته لان مجرد النية لا يعمل على ما مر وقال مالك اذا باعها زكى بحول واحد وان مضى عليها في ملكه احوال وكذا الخلاف في الدين اذا قبضه بعد احوال تقوم اي عروض التجارة بما هو انفع للفقراء احتياطا لحق الفقراء فانه لا بد من مراعاته يعني ان كان التقويم بالدراهم انفع للفقراء قومها بها وان بالدنانير انفع قومها بها وقال صاحب العناية ان كان تقويمه باحد النقدين يتم النصاب وبالاخر لا يتم فانه يقوم بما يتم بالاتفاق احتياطا لحق الفقراء وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب على كل حال سواء اشتراها بالنقود او بغيرها لان التقويم في حق الله تعالى معتبر بالتقويم في حق العباد ومتى وقعت الحاجة الى تقويم المغصوب والمستهلك يقوم بالنقد الغالب في البلد فكذا هنا ونضم قيمتها اي قيمة العروض اليهما اي النقدين ليتم النصاب يعني اذا ملك مائة درهم او عشرة مثاقيل وملك عروضا قيمته مائة درهم او عشرة مثاقيل وجب عليه الزكاة لان الكل للتجارة وان اختلفت جهة الاعداد والاعداد في الثمن للتجارة وضعا وفي العروض جعلا ويضم احدهما الى الاخر بالقيمة وعندهما بالاجزاء اي القدر بان يكون له مثل ثلث نصاب فضة وثلثا نصاب ذهب مثلا وعلى هذا اعتبار سائر الاجزاء كالنصف والربع وغيرهما وثمرة الخلاف يظهر فيما اذا كان له مائة وخمسون درهما وخمسة دنانير وقيمة الدنانير لا تساوي خمسين درهما فعلى قوله يجب الزكاة في كل النصاب بتقويمه لان مائة وخمسين درهما ثلاثة ارباع نصاب الفضة وخمسة دنانير ربع نصاب الذهب فليست نصابا وعلى قوله لا يجب في مصوغ كان ابريق مثلا وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقهما وهو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضمهما

ويضم مستفاد في اثناء الحول من جنس نصاب اليه اي الى النصاب في حوله وحكمه المستفاد على ضربين من جنس الاصل ومن خلاف جنسه والثاني لا يضم بالاتفاق كما اذا كان له ابل فاستفاد في اثناء الحول بقرا او غنما وانما يستانف له حول بانه والاول لا يخلو من ان يكون حاصلا بسبب الاصل كالاولاد والارباح او بسبب مقصود في نفسه كالارث والهبة ونحوهما فان كان الاول يضم بالاجماع وان كان الثاني مثل ان يكون عنده حول نصاب يجب فيه الزكاة من السائمة فاستفاد من ذلك الجنس في خلال الحول بشراء او هبة او ميراث ضمها وزكى كلها عند تمام الحول عندنا وقال الشافعي يستانف له حول جديد من حين ملكه فاذا تم الحول وجب الزكاة نصابا كان او لم يكن لانه اصل في حق الملك لحصوله بسبب غير سبب الاصل وكل ما كان كذلك كان اصلا في الوظيفة كالمستفاد من خلاف الجنس والاولاد والارباح لانها تابعة للملك حيث ملكه بملك الاصل دون سبب مقصود ولنا ان المجانسة هي العلة في ضم الاولاد والارباح لان عند المجانسة يتعسر التمييز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد لان مراعاته فيه انما تمكن بعد ضبط كمية وكيفية وزمان تجدده وفي ذلك حرج لا سيما اذا كان النصاب دراهم واذا ثبت ان علة الضم في الاولاد والارباح المجانسة فهي موجودة في محل النزاع وجب القول ثبت الحكم فيه ارتفع حكم المستفاد وهو وجوب الزكاة فالضمير راجع الى المستفاد ويجوز ان يرجع الى الحول يعني بضم مستفاد اليه في حوله وحكم الحول وجوب الزكاة ونقصان النصاب في اثناء الحول لا يضر ان كمل في طرفيه لان السبب هو النصاب ليصير المالك غنيا واهلا لوجوب الزكاة يشترط في ابتداء الحول

لينعقد السبب ويشترط في آخره لانه زمان الوجوب وفيما بين ذلك لا حاجة اليه اذ قلما يبقى المال حولا على حاله لكنه لا بد من بقاء شيء من النصاب ليضم المستفاد اليه لان هلاك كل النصاب يبطل انعقاد الحول اذ لا يمكن اعتباره بلا مال وقال زفر لا يلزم الزكاة الا ان يكون النصاب من اول الحول الى آخره كاملا لان حولان الحول على المال شرط للوجوب فكل جزء من الحول بمعنى اوله وآخره وذكر النصاب مطلقا ليتناول كل ما يجب الزكاة فيه كالنقدين والعروض والسوائم والمراد بالنقصان النقصان في الذات فان النقصان في الوصف بجعل السائمة علوفة يسقطها بالاتفاق لان فوات الوصف وارد على كل النصاب فكان كهلاك النصاب كله لفوات المحلية بفوات الوصف ولو عجل ذو نصاب لسنين او لنصب صح وقد عرفنا ان سبب وجوب الزكاة المال النامي والحولان شرط لوجوب الاداء وقد تقرر في الاصول ان السبب اذا وجد صح الاداء وان لم يجب واذا وجد النصاب صح الاداء قبل الحولان فاذا كان له نصاب واحد كمائتي درهم مثلا فادى لسنين جاز حتى اذا ملك في كل منها نصابا اجزاه ما ادى من قبل وكذا اذا كان له نصاب واحد فادى لنصب جاز حتى اذا ملك النصب في اثناء الحول فتم عليه الحول اجزاه ما ادى من قبل ولا شيء في مال الصبي التغلبي بنو تغلب قوم من نصارى العرب كانوا بقرب الروم فلما اراد عمر رض ان يوظف عليهم الجزية ابوا وقالوا نحن من العرب نانف من اداء الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا باعدائك من الروم فخاف عمر ان يلحقوا بالروم ويصيروا عونا لهم فشاور الصحابة في ذلك بينه وبينهم كردوس التغلبي فقال يا امير المؤمنين صالحهم فصالحهم على اخذ ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات الواجبة ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان رض وعلي كرم الله وجهه شاور الصحابة في خلافته ايضا في ذلك ثم اتفق هو معهم على انه ليس لاحد ان ينقض هذا الصلح فلزم اول الامة وآخرهم وعلى المرأة منهم ما على الرجل هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يؤخذ من نسائهم ووجه ظاهر الرواية انه بدل الصلح والرجال والنساء فيه سواء لانهم صالحوا على ان يضعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين والصدقة تؤخذ من نسائهم المسلمين دون الصبيان فكذا في حقهم

باب العاشر

الحق هذا الباب بكتاب الزكاة لمناسبة بينهما وهو ان العشر لما اخذ من المسلم المار عليه هو الزكاة بعينها الا ان هذا العاشر كما يأخذ من الذمي والمستأمن وليس المأخوذ منهما بزكاة فقدم الزكاة على هذا الباب وعلى ما بعده لكونها عبادة محضة لا شائبة فيها للغير وتقدم العبادات على غيرها ثم العاشر مشتق من عشرت القوم اعشرهم بالضم اخذت عشر اموالهم فهو تسمية الشيء باعتبار بعض احواله وهو اخذ العشر من الحربي لان المسلم والذمي لا يأخذ من مسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر ولكن في حق كل واحد منهم يدور اسم العشر فجاز اطلاق اسم العاشر عليه لذلك روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اراد ان يستعمل انس بن مالك رضي الله عنه على هذا العمل فقال له انس رض استعملني على المكس من عملك فقال له عمر رض الا ترضى ان اقلدك ما قلدنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي روي من ذم العاشر محمول على من يأخذ مال الناس ظلما كما هو في زماننا دون من يأخذ ما هو حق وهو الصدقة وفي الجوهري مكس الجباية وماكس العشار وفي الحديث لا يدخل صاحب مكس الجنة والمكس ايضا ما يأخذ العشار انتهى وفي المغرب ما يقرب من ذلك وهو من نصب على الطريق ليأخذ صدقات التجار وعورض بانه يأخذ من الكافر وليس المأخوذ منه صدقة واجيب بان الاصل في نصبه اخذ الصدقات لان فيه اعانة المسلم على اداء العبادة وما عداها تابع لا يحتاج الى تخصيصه بالذكر

يأخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصفه ومن الحربي تمامه قال صاحب العناية روى الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه نصب العشار وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير خلاف فكان اجماعا والمعنى الفقهي فيه ما قيل انما يؤخذ من المسلم ربع العشر للحديث المعروف وهو قوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشر اموالكم من كل اربعين درهما درهم وانما يثبت ولاية الاخذ للعاشر لحاجته الى الحماية وحاجة الذمي الى الحماية اكثر لان طمع اللصوص في اموال اهل الذمة اوفر فيأخذ منه ضعف ما يأخذ من المسلم كما في صدقات بني تغلب ثم الحربي من الذمي بمنزلة الذمي من المسلم الا ترى ان شهادة اهل الحرب على اهل الذمة غير مقبولة كما لا تقبل شهادة الذمي على المسلم وشهادة اهل الذمة على اهل الحرب مقبولة كشهادة المسلم على الذمي ان بلغ ماله اي مال الحربي نصابا ولم يعلم قدر ما يأخذون منا وان علم اخذ مثله لو كان ما اخذوا منا بعضا مثلا ان كانوا يأخذون منا ربع العشر او نصفه يأخذ بقدره وان لم يبلغ ماله نصابا الا ان يكون لا يؤخذ منه شيء فان مر حربي بخمسين درهما مثلا لم يؤخذ منه شيء لانه لم يبلغ نصابا الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ من المسلم زكاة ومن الذمي ضعفها واليه اشار عمر رضي حين سئل عما يبعث العشار فقيل له بكم نأخذ مما يمر به الحربي فقال كم يأخذون منا قالوا العشر قال خذوا منهم العشر ولنا نعني بقولنا بطريق المجازاة ان اخذنا بمقابلة اخذهم اموالنا فان اخذهم اموالنا ظلم واخذنا اموالهم حق ولكن المراد انا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملوننا كان ذلك اقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات لكن ان اخذوا الكل لا يأخذ العاشر بل يترك قدر ما يبلغه مأمنه لانا مأمورون بتبليغه مأمنه لقوله تعالى ثم ابلغه مأمنه فلو اخذنا الكل يلزمنا ان ندفع اليه نفقة الطريق حتى يبلغ مأمنه فلا فائدة في اخذ الكل ثم الاعطاء وقال بعضهم نأخذ العشر ايضا لو اخذوا منا الكل وقال بعضهم نأخذ الكل لان ما يؤخذ منهم بطريق المجازاة فنجازيهم بمثل صنيعهم حتى يرجعوا فيكون في هذه الصورة ثلاث روايات وان كانوا لا يأخذون منا شيئا لا يأخذ العاشر منهم شيئا ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق فحصل من هذا كله ان احوال الاخذ منهم لا تخرج عن اربعة اوجه وهي القسمة العقلية وذلك اما ان نعلم ما يأخذون منا او لا نعلم فان علمنا فلا يخلو من وجوه ثلاثة اما ان يأخذوا الكل او لا او يأخذوا البعض وكل ذلك مذكور في المتن ولا يأخذ العاشر من القليل [illegible] وان اقر بان في بيته ما يكمل النصاب لان الواجب فيما في يده ويقبل قول من انكر تمام الحول او الفراغ من الدين قال صاحب الهداية يعني ان قال اصبت منذ اشهر او قال علي دين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع يمينه قال صاحب العناية وفيه بحثان احدهما ان قوله منذ اشهر لا يدل على ما دون الحول والثاني ان الزكاة عبادة خالصة فكانت بمنزلة الصوم والصلاة فلا يشترط للتصديق فيها التحليف واجيب عن الاول بان الاشهر يقع على العشرة فما دونها لكونها جمع قلة والاصل في الكلام الحقيقة وعن الثاني بانها وان كانت عبادة لكن تعلق بها حق العاشر في الاخذ وحق الفقير في الانتفاع به فالعاشر بعد ذلك يدعي عليه معنى لو اقر به لزم فيستحلف لرجاء النكول كما في سائر الدعاوى بخلاف الصوم والصلاة فانه لم يتعلق بهما حق العبد ولا يلزم حد القذف فانه لا يستحلف اذا انكر وان تعلق به حق العبد لان القضاء بالنكول في الحدود متعذر على ما عرف او ادعى المالك الاداء بنفسه الى الفقراء في المصر في غير السوائم صدق ايضا مع يمينه لان الاداء كان مفوضا اليه ما دام في المصر فاذا ادعى الاداء بنفسه قبل الاخراج فقد ادعى ما هو له فكان منكرا للوجوب فيصدق بيمينه واما اذا ادعى الاداء الى الفقير بنفسه من الاموال الظاهرة او من الباطنة بعد الاخراج فانه لا يصدق ويمضي عندنا لان صدقات الاموال الظاهرة مطلقا وصدقات الاموال الباطنة بعد الاخراج يأخذها العاشر فلم يمكنا قوله وكل احد لا يعجز عن ادعائه الى ان لا يؤخذ منه ابدا

لان الحد يدرأ بالشبهات والعقوبات تندرئ بالشبهات

وقال الخ

وقال الشافعي يصدق لانه كان اوصل الحق الى المستحق ثم قيل الزكاة هي الاول والثاني سياسة وقيل هي الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح قال صاحب العناية وهذا الخلاف مبني على ان لاصحابنا طريقين في هذه المسئلة احدهما انه اذا كان صادقا فيما قال برئ بينه وبين الله والثاني انه لا يبرأ فمن اختار الطريق الاول قال الزكاة هي الاول والثاني سياسة مالية زجرا للغير عن الاقدام على مثله ومن اختار الثاني قال الزكاة هو الثاني والاول ينقلب نفلا كمن صلى يوم الجمعة الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة فاداها او ادعى الاداء الى عاشر آخر وجد عاشر آخر يصدق مع يمينه متعلق بجميع ما ذكر قبله ويقبل قول من انكر تمام الحول الى هنا لانه ادعى في صورة ادعاء الاداء الى عاشر آخر وضع الامانة في موضعها وانكر الوجوب فيصدق مع يمينه بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة فلا يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولا يشترط اخراج البراءة اي العلامة وهي خط الاخذ والجمع براءات والبراوات عامي كذا في المغرب قال صاحب العناية ولم يشترط محمد اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه ادعى ولتصديق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول وهو رواية الجامع ان الخط يشبه الخط فلا يمكن جعله حكما فلم يعتبر علامته قال في المبسوط والجامع الصغير للامام التمرتاشي هو الصحيح ثم على قول من يقول باشتراط العلامة هل يشترط معه اليمين قال الامام التمرتاشي ان لم يحلف لم يصدق عند ابي حنيفة وصدق عندهما انتهى ما في العناية ثم اعلم ان الخلاف في اشتراط اخراج البراءة انما هو في صورة واحدة من الصور المذكورة وهي ما اذا قال اديته الى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر ولا يتصور ذلك فيما اذا قال علي دين او اصبته منذ اشهر او اديتها الى الفقراء في المصر تبصرة ولا يقبل قوله في ادائه بنفسه خارج المصر الا في السوائم ولو في المصر وشرحه قد تبين فلا نعيده وما قبل من المسلم قبل من الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف يعني ان تضعيف الشيء انما يتحقق اذا كان المضعف على اوصاف المضعف عليه والا لكان تبديلا لا تضعيفا فلو قال علي دين او لم يحل عليه الحول او اديته الى عاشر آخر او ليس للتجارة او بضاعة عندي صدق في ذلك كله اذا حلف كالمسلم الا في قوله اديت الى الفقير فانه لا يصدق من الذمي لان فقراء اهل الذمة ليسوا بمصارف لهذا الحق وليس له ولاية الصرف الى المستحق وهو مصالح المسلمين قال صاحب الدرر كذا قال الزيلعي ولا بد من هذا الاستثناء والمتون خالية عنه لا يقبل من الحربي في جميع ذلك الا قوله لامته هي ام ولدي فيقبل هنا او لغلام معه هذا ولدي فيقبل هنا ايضا منه وانما لم يصدق الحربي في شيء من الفصول المتقدمة لانه لو قال لم يتم الحول على مالي فنفي الاخذ منه لا يعتبر الحول لان اعتبار الحول لتمام الحماية ليحصل النماء والحماية للحربي تتم بنفس الامان فصار سببا مع اعماله ولو قال علي دين فالدين الذي في دار الحرب لا يطالب به في دارنا وان قال المال بضاعة فلا حرمة لصاحبها ولا امانة وان قال ليس للتجارة يكذبه الظاهر لانه لا يتكلف للنقل الى غير دار ما لم يكن لها وان قال اديتها الى عاشر آخر لم يلتفت اليه لان المأخوذ منه اجرة الحماية وقد وجبت بنفس الامان كما مر آنفا فيعطى عاشرا آخر للحماية يقول الفقير هذا مشكل لانه تؤدي الى استيصال المال وذا لا يجوز وهذا المعنى خلج في خاطري ثم وجدته بعينه في شرح مجمع البحرين للفاضل الشهير بابن ملك وفي حاشية صدر الشريعة لمولانا الفاضل يعقوب وفي تسهيل جامع صاحب جامع الاصول سره تم فقلت الحمد لله الذي وفق رأيي برأي الفضلاء قال صاحب التسهيل ينبغي ان يلتفت اليه ما لم يعد الى الحماية بالامان واثر الامان باق الى ان لم يعد حتى يؤخذ منه مرتين بلا عوض فيصدق بتصديق لكن الرواية انه لا يصدق انتهى ولو قال اديتها انا كذبه اعتقاده غير ان اقراره ينسبه في يده وبأمومية امته الى ولده صحيح لان كونه حربيا لا ينافي الاستيلاد والنسب كما يثبت في دار الاسلام يثبت في دار الحرب وبه يخرج من ان يكون مالا والاخذ لا يكون الا من المال الممرور به وان قال هم مدبرون

لم يلتفت اليه لان التدبير من الحربي لا يصح كذا في النهاية نقلا عن الجامع للامام المحبوبي

والامام التمرتاشي قال ولو قال لعبيد هؤلاء بني ومثلهم لا يولد له يعتقون ويعشرون لانه اقرار بالعتق فيصدق في حقهم ولا يصدق في حق العشر ولو كان مثلهم يولد له لا يعشرون لثبوت نسبهم منه باقراره كذا في [illegible] نقلا عن المنتقى

وان مر الحربي ثانيا قبل مضي الحول بعد التعشير فان مر بعد عوده الى داره عشر ثانيا لانه رجع بامان جديد وكذلك الماخذ بعده فلا يفضي الى الاستيصال والا فلا يعشر ثانيا حتى يحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ بحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه يمكن من المقام في دارنا الا حولا والاخذ بعده لا استيصال المال

روي ان نصرانيا مر بفرس له على عاشر عمر رضي الله عنه فعشره ثم مر به ثانيا فهم ان يعشره فقال النصراني كلما مررت بك تعشرني اذا يذهب فرسي كله فترك الفرس عنده وذهب الى عمر رضي الله عنه فلما دخل المدينة اتى المسجد فوضع يده على عتبة الباب وقال يا امير المؤمنين انا الشيخ النصراني فقال امير المؤمنين انا الشيخ الحنيفي فقص النصراني القصة فقال عمر رضي الله عنه اتاك الغوث ثم نكس راسه ورجع الى ما كان فيه فظن النصراني انه استخف بظلامته فرجع الى جانبه فلما انتهى الى فرسه وجد كتاب عمر رضي الله عنه وقد سبقه انك ان اخذت العشر مرة فلا تاخذ مرة اخرى فقال النصراني ان دينا يكون العدل فيه بهذه الصفة لحقيق ان يكون حقا فاسلم ويعشر قيمة الخمر لا قيمة الخنزير وقال الشافعي لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية وعند ابي يوسف ان مر بهما يعشرهما وان مر بكل واحد منهما على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير والحاصل ان الذمي اذا مر على العاشر بخمر او خنزير بنية التجارة وبلغ القيمة مائتي درهم ففيه اربعة اقوال فالشافعي مر على اصله بانه لا مالية ولا قيمة لواحد منهما حتى لو اتلف المسلم خمر الذمي وخنزيره لم يضمن عنده وزفر سوى بينهما في ان المسلم اذا اتلف خنزير الذمي ضمنه كما اذا اتلف خمره وابو يوسف اعتبر التبعية فجعل الخنزير تابعا للخمر لان الخمر اقرب الى المالية من الخنزير بواسطة التخليل وقد يثبت الحكم تبعا وان لم يثبت قصدا فان بيع الحل السيالة لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للعقد وهو نظير ما قال ابو يوسف في وقف المنقول انه لا يجوز الا ان يكون تبعا للعقار بان يقف القرية بما فيها من الات الزراعة ووجه الفرق لعلمائنا ان الذي ياخذ الامام انما ياخذ بسبب الحماية والحماية انما تكون بالولاية وليس على مسلم ولاية حماية الخنزير على اهل الذمة بخلاف الخمر لما عرف في الولاية وولاية الى على نفسه ثم يتعدى الى غيره عند وجود شرط التعدي والمسلم يملك حماية الخمر على نفسه ليخللها او يخلل بنفسها فيلي ذلك على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب يعني لو اسلم نصراني وله خنازير يجب تسييبها وكذا لا يحميه على غيره وفي هذا المحل استشكال من وجه ذكرت في العناية والنهاية وسائر شروح الهداية ان شئت فاطلبهما

ولا يعشر مال تركه في بيته لان حق الاخذ انما ثبت بالمال المرور به عليه لحاجته الى حمايته وما في بيته لم يدخل في حمايته فلو مر على العاشر باقل من مائتي درهم واخبره ان له في منزله ما يبلغ نصابا وقد حال عليه الحول لا ياخذ شيئا لان الممرور به لم يبلغ نصابا وما في بيته لم يدخل تحت حمايته فلا ياخذ منه شيئا ولا يعشر مال بضاعة لانه غير ماذون باداء زكاته بل هو ماذون بالتجارة فقط ولو اخذ كان الماخوذ غير الزكاة وليس للعاشر ولاية اخذ شيء آخر سوى الزكاة ولان المالك والمالك معتبران في الزكاة ولا يعشر مال المضاربة لان المضارب ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكاة وانما هو نائب في التجارة لا غير والنائب يقتصر ولايته على ما فوض اليه فكان بمنزلة المستبضع وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب لانه بمنزلة المالك ثم رجع وقال لا يعشرها وهو قولهما الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيب المضارب منه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له قال صاحب الاصلاح قال في التحفة هذا في حق المسلم والذمي دون الحربي فلو قال الحربي هذا المال بضاعة او مضاربة لا يقبل قوله ولا يعشر كسب ماذون قال صاحب الهداية ولو مر عبد ماذون بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة انه لا يعشره

وهو قولهما

وهو قولهما لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فقط فصار كالمضارب فيكون رجوعه في المضاربة رجوعا منه في العبد وقيل في الفرق بينهما ان الربح للمضارب والعبد الماذون ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى بل يباع هو فيها وما زاد فيطالب به بعد العتق فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج الى الحماية فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد انتهى الا ان كان لا دين عليه اي على الماذون ومعه مولاه فانه ياخذ منه لان ماله وان كان عليه دين يحيط بماله فلا ياخذ لانعدام ملك المولى على اصل ابي حنيفة وللشغل على اصلهما وحاصله انه لا يؤخذ منه على تقدير كونه مديونا عنده لان المولى لا يملك ما في يده على اصله وعندهما لا يؤخذ ايضا وان كان يملك ما في يده على تقدير مديونا لكون كسب العبد مشغولا بالدين على اصلهما ومن مر بالخوارج فعشروه عشر ثانيا لان التقصير من قبله حيث مر على عاشر الخوارج مع علمه ان ياخذوا العشر مما في يده من المال ولا كذلك اذا غلب الخوارج على بلدة فاخذوا عشور اهلها حيث لا يثنى عليهم لان التقصير جاء من قبل الامام ولو عشر صبي من اهل الحرب بمال ان كانوا ياخذون من صبياننا ناخذ منه والا فلا والله تعالى اعلم

باب الركاز

اخره عن باب العاشر لمعنيين احدهما ان اخذ العاشر العشر اكثر وجودا من المعادن التي فيؤخذ منها الخمس والشيء الذي هو كثير الوجود وقوعا كان احوج الى البيان والثاني ان العشر اقل اداء والخمس اكثر فكان فيه الانتقال من ذكر القليل الى ذكر الكثير ثم المال الكائن في الارض له اسماء ثلاثة الكنز والمعدن والركاز والكنز اسم لما دفنه بنو ادم والمعدن اسم لما خلقه الله تعالى في الارض يوم خلق الارض قال المولى سعدي افندي رحمه الله خلقه يوم خلق الارض غير معلوم فالاولى ترك هذه الزيادة والركاز اسم لهما جميعا والكنز ماخوذ من كنز المال كنزا جمعه والمعدن من عدن بالمكان اقام به والركاز من ركز الرمح اي غرزه فعلى هذا جاز اطلاقه عليهما جميعا لان كل واحد منهما مركوز في الارض اي مثبت وان اختلف الراكز وعلى كل واحد منهما بانفراده بقول الفقير لا اطلاق عليهما في عنوان الباب باسم الركاز قال صاحب الهداية قال باب المعادن والركاز فلزمه ما لزمه ثم تكلف شارحه في توجيهه ولقد احسن المصنف رحمه الله معدن وجد مسلم او ذمي وجد معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص او نحاس في ارض عشر او خراج اخذ منه خمسه والباقي له اي للواجد وانما قيد بارض عشر او خراج احترازا عما وجد المعدن في الدار فانه سيأتي حكمه وان وجد في المفازة التي لا مالك لها ففيه الخمس عندنا ايضا وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها كانت في يد الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد فان قيل لو كان غنيمة لكان الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل واربعة اخماسه للغانمين وليس كذلك اجيب بان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس حتى كان للواجد وتحقيقه ان الغانمين انما يستحقون اربعة الاخماس اذا حوت ايديهم حقيقة وحكما وهنا ايديهم حكمية لانه لما ثبت ايديهم على ظاهر الارض حقيقة ثبت على باطنها حكما واما اليد الحقيقية فللواجد وكان ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في اربعة الاخماس حتى كان للواجد مسلما او ذميا حرا او عبدا صبيا او بالغا رجلا او امراة كذا في العناية ان لم تكن الارض مملوكة والا فلمالكها يعني ان كانت الارض مملوكة فالباقي بعد الخمس لمالك الارض وما وجده المستامن والحربي فكله فيء لان الذمي يجوز ان يرضخ له من الغنيمة فكذا يجوز له حكم الغنيمة

وان وجد في داره لا يخمس بل كله للواجد لانه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها واعترض بانه لو كان من اجزائها لجاز التيمم به ولم يجز بالاجماع واجيب بان التيمم بما هو من جنسها لا من اجزائها خلقة وهذا ليس من جنسها قال المولى سعدي افندي كيف يقال انه لم يرد النقض على قوله لان الجزء لا يخالف الجملة خلافا لهما لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس من غير فصل بين الدار والارض وفي ارضه روايتان في رواية الاصل لا شيء فيها كالدار وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس ووجه الفرق على احدى الروايتين ان الدار ملكت خالية عن المؤنة دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد كنزا فيه علامة الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة او اسم ملك من ملوك المسلمين فهو كاللقطة يعرفها حيث وجدها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته على ما يجيء في بابها وما فيه علامة الكفر كالمنقوش عليها الصنم او الصليب او اسم ملك من ملوك الكفرة خمس على كل حال اي سواء كان الموجود ذهبا او فضة او رصاصا او غيرها وسواء كان الواجد صغيرا او بالغا حرا او عبدا مسلما او ذميا الا اذا كان حربيا مستأمنا كذا في العناية وباقيه له اي للواجد ان كانت ارضه اي الارض التي وجد فيها الكنز غير مملوكة وان كانت مملوكة فكذلك عند ابي يوسف اي يخمس وباقيه للواجد لانه من دفين الكفار ولم يصل ايدي الغانمين اليه بالاحراز فصار من اخرجه اول محرز له فكان احق به كما اذا وجد في غير المملوكة وعندهما باقيه بعد الخمس لمن ملكها اول الفتح ان علم او لورثته لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك بها ما في الباطن يعني ان يكون ملكها اول الفتح وان كانت يده حكمية كيد الغانمين الا ان يده يد خصوص ويد الغانمين يد عموم فيملك بها ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة يملك الدرة ثم البيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها كما لو باع السمكة لم يدخل الدرة في البيع فكذا هنا بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري والا اي وان لم يعلم من ملكها اول الفتح فلاقصى مالك عرف لها في الاسلام او لورثته وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال ابو الليث يوضع في بيت المال وما اشتبه ضربه يجعل كافريا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد بفتح هذه البلاد فالظاهر انه لم يبق شيء مما وضعه اهل الحرب والبناء على الظاهر واجب حتى يقوم دليل ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في صحرائها اي صحراء دار الحرب ركازا سواء كان معدنا او كنزا فكله له اي للواجد لانه لم يكن مملوكة لاحد كالمفازة لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يكون غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر ولم يأخذ قهرا وغلبة وان وجده في دار منها رده على مالكها تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا والغدر حرام لقوله صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر يقول الفقير بقي قسم واحد وهو ما اذا وجد في ارض مملوكة في دار الحرب ولم يتعرض له المصنف لكون حكمها كحكم الدار في الرد على مالكها قال صاحب الدرر وان وجده مستأمن في ارض مملوكة لاهل الحرب رده الى مالكها حذرا عن الغدر والخيانة ولو لم يرده واخرجه منها الى دار الاسلام ملكه ملكا غير طيب كالملك بشراء فاسد ولو وجده غير المستأمن لم يرده ولا خمس لانه اخذ متلصصا انتهى ثم اعلم ان مسائل هذا الباب على خمسة عشر وجها لان الذهب او الفضة الذي يوجد لا يخلو اما ان يكون معدنا او كنزا وكل من ذلك لا يخلو اما ان يوجد في حيز دار الاسلام او حيز دار الحرب وكل من ذلك لا يخلو من ثلاثة اوجه ايضا اما ان يكون على ضرب اهل الاسلام او على ضرب اهل الجاهلية او اشتبه الحال عليه وجميعها خمسة عشر وحكم الكل علم في المتن كذا في النهاية والعناية يقول الفقير كان المناسب ان يقول اولا والموجود معدنا لا يخلو اه بدل قوله وكل من ذلك لا يخلو تدبر ٥

وان وجد ركازا

وان وجد ركازا متاعا في ارض منها غير مملوكة خمس وباقيه له قال صاحب الدرر وجد متاعا في ارض غير مملوكة خمس وباقيه للواجد ثم قال في الوقاية وان وجد ركازا متاعا في ارض منها لم يملكه خمس وباقيه للواجد الظاهر ان مراده نقل مسئلة ذكرت في الهداية في اخر الباب بقوله متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس الى اخره لكن عبارته لا تساعد ذلك لان الظاهر ان لفظ وجد على صيغة المبني للفاعل وضميره راجع الى المستأمن بدليل السياق والسباق وضمير منها راجع الى دار الحرب فالمعنى ان وجد المستأمن ركازا متاعا في ارض من دار الحرب غير مملوكة خمس وباقيه للواجد وهذا مع كونه غير مطابق لعبارة الهداية غير صحيح في نفسه اما الاول فظاهر واما الثاني فلما صرح به شراح الهداية وغيرهم ان الخمس انما يجب فيما يكون في معنى الغنيمة وهو فيما كان في يد اهل الحرب ووقع في ايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب والمذكور في الوقاية ليس كذلك لانه كالمتلصص والارض من دار الحرب لم تقع في ايدي المسلمين فالصواب ان يقطع وجد عما قبله ويقرأ على البناء للمفعول ويترك لفظ منها ويضاف الارض الى المسلمين ليكون المراد بها ارضا كانت من دار الحرب فوقعت في ايدي المسلمين ولهذا غيرت العبارة الى ما ترى انتهى ما في الدرر يقول الفقير والعجب ان المصنف ايضا لم يتفطن لما ذكره صاحب الدرر وسلك مسلك صاحب الوقاية لكن يمكن حمل عبارة الوقاية والمتن الى ما ذكره بتكلف وهو ان يقرأ وجد مبنيا للمفعول ويقدر بعد قوله في ارض منها قولنا وقعت في ايدي المسلمين على انه صفة لقوله في ارض ويؤول الى ما ذكره صاحب الدرر تدبر ولا خمس في فيروزج وفي زبرجد وجد في جبل قال المستخرج من المعدن انواع ثلاثة جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر وجامد لا يذوب ومائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط فنحو الفيروزج هو النوع الثاني من المستخرج من المعدن وكذلك الجص والكحل والزرنيخ والياقوت والزبرجد وغيرها مما هو جامد وقيل قوله في جبل احتراز عما يوجد منه ومما ذكره بعده من الزيبق واللؤلؤ في خزائن الكفار فانه يجب فيه الخمس اتفاقا ووجه عدم الخمس في مثلها انه حجر وقد قال صلى الله عليه وسلم لا خمس في الحجر ولهذا يصح التيمم عليه لانه من اجزاء الارض بخلاف الذهب والحديد لانهما غير الارض وكذا لا خمس في الياقوت والزمرد لانهما حجران ايضا ويخمس زيبق قيل هو فارسي معرب بالهمزة ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة والمراد ما يصاب في معدنه لما ذكرنا آنفا حكي عن ابي يوسف ان ابا حنيفة كان يقول اولا لا شيء فيه وكنت اقول فيه الخمس فلم ازل اناظره واقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس ثم رأيت ان لا شيء فيه فصار الحاصل انه على قول ابي حنيفة الآخر وهو قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فيه الخمس وعلى قول ابي يوسف الآخر وهو قول ابي حنيفة الاول لا شيء فيه لانه بمنزلة القير والنفط يعني هو من جملة المياه ولا خمس في الماء وقالا انه يستخرج بالعلاج من عينه وينطبع مع غيره فكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء اخر وهنا هو النوع الثالث المستخرج من المعدن لا يخمس لؤلؤ وعنبر وهو روث دابة بحرية او نبع عين فيه او حشيش فيه لان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون الماخوذ منه غنيمة ومعناه ان الخمس انما يجب فيما كان في ايدي الكفرة وقد وقع في ايدي المسلمين بايجاف الخيل والركاب واللؤلؤ والعنبر ليسا كذلك لانهما لم يكونا في يد احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره وعن هذا قالوا لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب شيء وعند ابي يوسف بالعكس اي لا يخمس زيبق ويخمس لؤلؤ وعنبر قال صاحب الهداية وقال ابو يوسف في اللؤلؤ والعنبر وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من العنبر قال صاحب العناية روي ان يعلى بن امية كتب الى عمر بن الخطاب فسأله عن عنبرة وجدت على الساحل فكتب اليه في جوابه انه مال الله يؤتيه من يشاء وفيه الخمس قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره يصلح حجة في العنبر لا في اللؤلؤ ولم يذكر صاحب الهداية حجته في اللؤلؤ وذكر في الفوائد الظهيرية ان السؤال عن عمر رضي الله عنه كان عنهما جميعا فانه سئل عن العنبر واللؤلؤ يستخرجان من البحر فقال فيهما الخمس واقول الذي يظهر من كلام صاحب الهداية انه اراد به الاستدلال على الحكم المجموع بالعنبر لانه يخرج من البحر وفيه الخمس فكذا كل ما يستخرج من البحر قطعا للحكم انتهى ما في العناية

باب زكاة الخارج

قال صاحب النهاية المراد من الزكاة ههنا العشر فكانه اى آخذ الزكاة بالعاشر فيما تقدم سمى العشر ههنا
بالزكاة مجازا وقال الامام بدر الدين الكردرى رحمه الله تسمية الزكاة هنا خرجت على قولهما لانهما
لا يشترطان النصاب والبقاء فكان هو نوع زكاة ثم الحاق العشر بالزكاة وتاخيره عنها فلان
الله تعالى قرنهما فى الكتاب واخر العشر عنها فى قوله يا ايها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم
ومما اخرجنا لكم من الارض قيل المراد بالمكسوب مال التجارة ففيه بيان زكاة التجارة
والمراد من قوله ومما اخرجنا لكم من الارض العشر ولانهما من الوظائف المالية وان وجوبهما
بالقدرة الميسرة واما التاخير فوجهه بعد ما ثبت فى الكتاب كذلك ان العشر مؤنة فيها
معنى العبادة والعزبة فيها تابعة والزكاة قربة محضة وهى من اركان الدين فتقدم العبادة
الخالصة على غيرها ثابت فى سائر المواضع وكذا هنا والاصل فى وجوب العشر قوله تعالى
وآتوا حقه يوم حصاده وقوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيها العشر والكلام فى هذا
فى خمسة مواضع احدها ان العشر واجب وقال بعض الناس منسوخ لقوله عليه السلام
نسخت الزكوة كل صدقة قبلها ولنا الاحاديث المشهورة من جملتها ما سقته السماء ففيه العشر والثانى
ان النصاب هل يشترط اولا والثالث هل يشترط البقاء ام لا والرابع هل يجب العشر فيما لا يدخل تحت
الوسق فعندنا يجب خلافا للشافعى والخامس ان ما يوجد فى الجبال التى لا يملكها احد من الثمار
هل يجب فيه العشر ام لا كل ذلك من النهاية فيما سقته السماء اى المطر او سقى سيحا السيح
قال صاحب القاموس ساح الماء سيحا اذا جرى على وجه الارض والسيح الماء الجارى الظاهر
وفى الجوهرى كذلك قال صاحب النهاية وانتصابه على انه مفعول ثان كقوله تعالى وسقاهم ربهم
والمفهوم من كتب اللغة ان لفظ سقى تارة يتعدى الى مفعول واحد كقولهم سقى الله ثراه
وتارة الى مفعولين كقولهم سقاه الله الغيث وصرح شارح الديباجة بتعديته الى مفعولين
فى شرح قول صاحب المصباح سقى الله ثراه قال شارح التحفة وانتصاب سيحا بنزع
الخافض اى سقى بسيح بقول الفقير ولم يسند سقى الى السيح كما اسند سقته الى السماء
اشارة الى ان السماء يسقيه بلا مزاولة عمل من صاحبه والسيح لا يسقيه الا بمباشرة من صاحبه
فكان السيح كالغرب والدالية وبعضهم اسنده وقال سقاه سيح كصاحب الوقاية وغيره
نكاته تجوز تنبيه اى ما اخذ من ثمر جبل العشر قل او كثر بلا شرط نصاب وبقاء
وعندهما انما يجب العشر فيما يبقى سنة اذا بلغ خمسة اوسق يعنى يشترط النصاب والبقاء
له فى الاول قوله عليه السلام ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل ولهما ايضا قوله عليه السلام
ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب فيه لتحقق الغناء
ولهما فى الثانى قوله عليه السلام ليس فى الخضراوات صدقة وله فيه ايضا ما روينا
لانه لا فصل فيه بين ان يكون باقيا اولا ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى فوق الاستنماء بالحنطة
والشعير لان نفع هذه الاشياء اعظم الا ترى ان محمدا وضع الخراج على الكروم اكثر مما وضع
على المزارع لما ان نفعها ابلغ من نفع المزارع والسبب هى الارض النامية ولهذا يجب فيها
الخراج كذا قال صاحب الهداية وقال الكاكى فتدبر فيه بحث لان الخراج يكفى فيه التمكن من النماء
التقديرى ولا يلزم حقيقة النماء بخلاف العشر فلا يقاس على الخراج وفيما يوجد فى الجبال
من الثمار خلاف ابى يوسف فانه قال لا يجب فيه العشر لان السبب الارض النامية ولم يوجد
قلنا المقصود بالسبب الخارج وهو حاصل فصار كما لو حصل فى ملكه كذا فى الكافى والحاصل انه لا اعتبار
فى عدم وجوب العشر بكون الارض غير مملوكة لما ان الخارج سلم له من غير عوض فكذا هنا
وحد البقاء ان يبقى سنة فى الغالب من غير معالجة كثيرة فلذلك يجب العشر فى الحنطة والشعير والذرة
وغيرها من الحبوب لانها باقية تبقى سنة من غير معالجة كثيرة ولا يجب فى الخوخ والتفاح
والكمثرى والسفرجل لانها لا تبقى سنة الا بمعالجة كثيرة ويجب فى الزعفران والكتان
لانهما يبقيان وكذلك فى التمر والزبيب لانهما باقيان سنة من غير معالجة كثيرة

والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فخمسة الف وثمانمائة من لكل صاع
اربعة امناء وقال شمس الائمة الحلوانى هذا قول اهل الكوفة وقال اهل البصرة الوسق ثلاثمائة من
وما لا يوسق كالزعفران فاذا بلغت قيمته نصابا اى قيمة ما لا يوسق خمسة اوسق من ادنى ما يوسق
يجب العشر عند ابى يوسف كالذرة فى زماننا لانه لا يمكن التقدير الشرعى وهو الوسق فيما لا يوسق
فاعتبرت قيمته كما فى عروض التجارة وعند محمد يجب العشر فيما لا يوسق اذا بلغ خمسة امثال من اعلى
ما يقدر به نوعه لان التقدير بالوسق فيما يوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به نوعه لانه يقدر اولا
بالصاع ثم بالكيل ثم بالوسق فكان الوسق اقصى ما يقدر به فاعتبر فى القطن خمسة احمال يعنى
اذا بلغ القطن خمسة احمال يجب فيه العشر لان اعلى ما يقدر به القطن الحمل لانه يقدر اولا بالاساتير
ثم بالامناء ثم بالاحمال وفى الزعفران خمسة امناء يعنى اذا بلغ خمسة امناء يجب فيه العشر
لان اعلى ما يقدر به الزعفران المن لانه يقدر اولا بالسجات ثم بالاساتير ثم بالامناء ولا شىء
فى حطب وقصب فارسى وحشيش لانها لا تستنبت فى الجنان عادة بل ينقى عنها لانها اذا
غلبت على الارض فسدت فلا يحصل بها النماء وسبب وجوب العشر الارض النامية بالخارج
حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش واراد الاستنماء بقطع ذلك وبيعه
كان فيها العشر وقيد بالفارسى لان قصب الذريرة وقصب السكر فيهما العشر لانه يقصد
استغلال الارض والقصب انواع ثلاثة الاول القصب الفارسى الذى يتخذ منها الاقلام
والثانى قصب الذريرة وهو نوع من القصب ومسحوقه عطر يؤتى به من الهند واجوده الياقوتى
اللون المتقارب العقد و محشو من شىء ابيض مثل نسج العنكبوت وفى مضغه حرافة
وقبض انفعه الاقوى يحرق فى النار مع دهن الورد وقيل وينفع من اورام المعدة والكبد
مع العسل ومن الاستسقاء شربا وانما سمى بقصب الذريرة لانه يجعل ذرة ويلقى فى الدواء
والثالث قصب السكر فلا يجب فى العشر من اقسام الثلاثة القصب الثانى
واما الآخران ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض وقال صاحب النهاية وقيل
ان كان يخرج منه العسل يجب فيه العشر وان كان لا يخرج منه العسل كالقصب الفارسى لا يجب فيه العشر
قيل لانه لا يخرج منها العسل اذا يبس وتبن وسعف وهو ورق النخل الذى يتخذ منه المراوح
وانما لا يجب فيهما العشر لان المقصود من التبن الحب ومن السعف التمر دونهما فلا يقصد بها
استغلال الارض ويجب فى الكتان وبذره لان كل واحد منهما مقصود الانبات ويجب فى الحطب
دون بذره لان بذره ليس مقصودا بالذات ولو كان فى دار رجل شجرة مثمرة لا عشر فيها
لان حديقة دار ليست عشرية وفيما سقى بغرب وهو الدلو العظيم او بدالية وهى
تديرها البقرة فاذا ادارها الماء فهى ناعورة وذكر فى المغرب ان الدالية جذع طويل يركب
تركيب مداق الارز وفى راسه مغرفة كبيرة يستقى بها او سانية وهى الناقة التى يستقى عليها
نصف العشر على القولين يعنى بلا شرط نصاب وبقاء عنده خلافا لهما لان المؤنة تكثر فيه
وتقل فيما سقى بالسماء او سيحا وقال صاحب النهاية والعناية قال شمس الائمة السرخسى
علل بعض مشايخنا بقلة المؤنة فيما سقته السماء وبكثرتها فيما سقى بغرب او دالية ليس بقوى
فان الشرع اوجب الخمس فى الغنائم والمؤنة فيها اكثر منها فى الزراعة ولكن هذا تقدير شرعى
فنتبعه ونعتقد فيه المصلحة وان لم نقف عليها قبل مؤنة الزرع كاجرة العمال و
نفقة البقر وكرى الانهار واجرة الحافظ ونحوها لا ملاك فى قوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت
السماء العشر وفيما سقى بالسانية نصف العشر ولانه عليه السلام حكم بتفاوت الواجب بتفاوت
المؤنة لانه قال ما سقته السماء ففيه العشر وما سقى بغرب ففيه نصف العشر فلما كان كذلك
لم يكن رفعها معنى لان رفعها يستلزم عدم التفاوت المنصوص عليه وهو باطل بقول الفقير هنا
وان ظهر فى بادى النظر ان فيه لما فيه نصف العشر نقصا لانه فى الحقيقة فيه لما فيه العشر ولما فيه نصف
ومن الناس من قال يجب النظر الى قدر قيم المؤنة من الخارج فيسلم ذلك القدر له بلا عشر ثم يعشر الباقى
لان قدر المؤنة بمنزلة السالم له بعوض كانه اشتراه الا ترى انه لو زرع فى ارض مغصوبة سلم له

وفي العسل العشر قل او كثر عند ابي ح لانه لا يعتبر النصاب فيه اذا اخذ من جبل او ارض
عشرية واما اذا اخذ من ارض خراجية فلا شيء فيه لا العشر ولا الخراج وقال الشافعي
لا يجب في العسل شيء لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم الذي هو من دود القز
وذلك لان العسل يحصل من طائر كفراخ الحمام وليس بخارج من الارض والعشر انما
بما يخرجه الارض ولنا ما روى ابو سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم كتب الى اهل اليمن ان في العسل عشرا ولان النحل يتناول ازهار الشجر وثمارها
قال الله تعالى ثم كلي من كل الثمرات وفيها العشر اذا كانت في الارض العشرية
فكذا فيما يتولد منها بخلاف دود القز فانه يتناول الاوراق فقط ولا عشر فيها
وعند محمد اذا بلغ خمسة افراق يجب العشر والفرق ستة وثلاثون رطلا لانه اقصى
ذكر الامام المطرزي في المغرب الفرق بفتحتين اناء ياخذ ستة عشر رطلا وذلك
ثلاثة اصوع قال الازهري والمحدثون يسكنونه وكلام العرب على التحريك قلت
وفي نوادر هشام عن محمد الفرق ستة وثلاثون رطلا ولما وجدنا ههنا عندي
من اصول اللغة انتهى قال صاحب النهاية وذكر في شرح الطحاوي كل فرق ستة وثلاثون
رطلا وفي الصحاح الفرق مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا
وعند ابي يوسف اذا بلغ عشر قرب كل قربة خمسون منا لحديث بني شبابة
وقيل بني سيارة كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك
وهو ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضه ان بني شبابة قوم بالطائف من خثعم
كانوا يتخذون النحل حتى نسب اليهم العسل فقيل عسل شبابي وقيل سياري
وكانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من كل عشر قرب قربة فلما كان زمن عمر رضه
استعمل على تلك الناحية سفيان بن عبد الله الثقفي فابوا ان يؤدوا اليه منها شيئا
فكتب سفيان الى عمر فكتب اليه عمر انما النحل ذباب غيث يسوقه الله تعالى الى من يشاء
فان ادوا اليك ما كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحمهم
والا فخل بينهم وبين الناس فدفعوا اليه العشر وعن ابي يوسف انه يعتبر قيمة خمسة اوسق
من ادنى ما يوسق فيكون في العسل خمسة روايات الاولى يجب فيه العشر قل او كثر
اذا اخذ من جبل او ارض عشرية والثانية اذا بلغ خمسة افراق يجب العشر وبه اخذ محمد
والثالثة اذا بلغ عشر قرب يجب العشر وبه اخذ ابو يوسف والرابعة اعتبار قيمة
خمسة اوسق من ادنى ما يوسق وهو رواية عن ابي يوسف والخامسة اذا بلغ
خمسة امناء يجب العشر وهو رواية عن ابي يوسف ايضا كذا في الهداية ويؤخذ
عشران من ارض عشرية لتغلبي عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
وعند محمد عشر واحد ان كان اشتراها من مسلم لان الوظيفة عنده لا يتغير بتغير المالك
اعلم ان الواجب في الارض ثلاثة عشر وخراج وتضعيف والملاك ثلاثة مسلم وذمي وتغلبي
فان كانت الارض عشرية واشتراها كافر تغلبي ضعف عليه اجماعا كما مر في قضية عمر رضه
ولو اشتراها الارض التي لم يشترها من مسلم بل كانت ارثا له منه اي من التغلبي يؤخذ
منه العشران لجواز التضعيف عليه في الجملة لان التضعيف على الذمي يصح فان الذمي
اذا مر على العاشر بمال الزكاة فانه يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم وكذا لو
اشتراها منه اي من التغلبي مسلم فانه يؤخذ منه العشران ايضا سواء كان التضعيف اصليا
بان كانت الارض العشرية التي ضوعف عشرها على بني تغلب موروثة من ابائهم وتداولت
الايدي بالشراء من تغلبي الى تغلبي او حادثا بان اشتراها من مسلم لان التضعيف صار
وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج او اسلم هو اي التغلبي فانه ايضا يؤخذ منه العشران
وهذا كله عند ابي حنيفة رح خلافا لابي يوسف فانه قال ان اسلم التغلبي او اشتراها منه مسلم يعود الى
واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر الا ترى ان التغلبي اذا كانت له خمس من الابل سائمة
يجب فيها شاتان فان باعها مسلما او اسلم هو يؤخذ منه شاة واحدة اه

والجواب

والجواب لابي ح ان مال الزكاة اقبل للتحول من وصف الى وصف الا ترى ان مال التجارة يبطل عنه الزكاة
بنية ... والسوائم يبطل عنها وصف الزكاة بجعلها علوفة والارض ليست كذلك وقيل محمد
اي مع ابي يوسف قال صاحب الهداية والاصح انه مع ابي ح يقول الفقير كون محمد مع ابي يوسف
فيما اذا اشتراها التغلبي من مسلم ثم اشتراها منه مسلم او اسلم هو تنبيه فيما سبق من قوله وعند محمد عشر واحد
ان كان اشتراها من مسلم حتى يظهر لك الظهور قال صاحب الكافي وقال محمد ان كان التضعيف اصليا
بقي كذلك وان كان حادثا لا يثبت التضعيف لان التضعيف الحادث لا يتصور عند محمد في الصحيح
وعلى المرأة والصبي منهم ما على الرجل لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة اي على تضعيف ما يجب
على المسلمين وقد وجب عليهم المسلمين حيث وجب على بني تغلب ضعفه وعلى الصبي والمرأة اذا كان المسلمين العشر
فيضعف لذلك اذا كانا منهم ولو شرى ذمي عشرية مسلم وقبضها فعليه الخراج عند ابي ح رحمه الله
لان في العشر معنى العبادة والكافر ليس باهل لها والارض لا تخلو عن الواجب فيتعين الخراج
وعند محمد تبقى على حالها يعني يجب عشر واحد لان وظيفة الارض لا تتبدل بتبدل المالك
وعند ابي يوسف يضعف العشر ويوضع موضع الخراج لانه لا سبيل الى ابقاء العشر لانه عبادة ولا الى تبديله
بالخراج كرها لان الخراج غير مشروع كرها والتضعيف نظيرا كما في التغلبي فيجب العدول به
فان اخذها منه مسلم بشفعة او ردت على البائع المسلم لفساد البيع عاد العشر اما الاول فلتحول
الصفقة الى الشفيع فكأنه اشتراها من مسلم واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل
البيع كأن لم يكن ولان حق المسلم البائع لا ينقطع بهذا الشراء وهو الفاسد لكونه مستحق الرد
وفي دار جعلت بستانا خراج ان كانت الدار لذمي وضع هذه المسألة لبيان ان الحكم الا
للشيء يتغير بتغير صفته فانها لو بقيت كما كانت لم يكن فيها شيء سواء كان مالكها مسلما او ذميا
لما روي ان عمر رضي الله عنه حين وضع الخراج والجزية سئل عن المساكن فقال المساكن عفو
وان جعلت بستانا ففيه خراج ان كانت لذمي وان سقاه بماء العشر لان في العشر معنى العبادة
والكافر ليس باهلها او كانت لمسلم سقاها بمائه اي بماء الخراج وان سقاها بماء العشر فعشر لان المؤنة
في مثل هذا تدور مع الماء ... وظيفة الاراضي ... وهي انما يكون بالماء واستشكل هذه
المسألة بان فيها توظيف الخراج على المسلم ابتداء وقد ذكر محمد ان المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج
قلنا قال شمس الائمة السرخسي المسلم يستدعي ذلك وهو سقيها بماء الخراج اذ الخراج يجب بحسب
للمقاتلة فيختص وجوب الخراج فيما سقي بها ... المقاتلة والكفار الذي ... المقاتلة
ماء الخراج فلذلك يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج والتقييد بقوله جعلت بستانا
احترازا عما اذا لم يجعل داره بستانا ولكن يحتمل يخرج اكرارا من ثمر فهي في حكم الدار
حتى انه لم يكن فيها عشر ولا خراج والبستان عبارة عن كل ارض يحوطها حائط
وفيها نخيل متفرقة واشجار فخرج كان اسم الدار عنه مسلوبا فلذلك لا يبقى فيه ما هو حكم
من عفو المساكن كذا في النهاية ولا شيء في الدار ولو كانت لذمي لما روينا آنفا من
عفو المساكن وماء السماء والبحار والبئر والعين عشري لانها لم تكن في ايدي الكفرة
لان ثبوت اليد على الماء انما يتحقق بوضع القنطرة عليه او بعقد السفن بعضها
ببعض حتى يصير كالقنطرة وهذا غير ثابت في ماء السماء وفيه فلم يكن هذه المياه غنيمة
لانها اسم لما كانت في ايديهم واخذناه ايدينا قهرا وغلبة فلم تكن خراجية فتكون عشرية
وماء انهار حفرها العجم مثل نهر الملك انوشروان ونهر يزدجرد خراجي وكذا ماء جيحون
في ارض خراجية وجيحون ونهر فيعين خراجية لانها كانت في ايدي الكفرة ثم ايدينا قهرا عليها
فصارت غنيمة وكذا ما سيحون اسم نهر الترك وماء جيحون اسم نهر بلخ وماء دجلة
اسم نهر بغداد والفرات اسم نهر الكوفة وقال صاحب الكشاف سيحون اسم نهر الهند
ولا اشتباه في التسمية ويحتمل انه شرك عن ابي هريرة رضي الله عنه سيحان و
الفرات والنيل كل من انهار الجنة ... كذا في البيانية عند ابي يوسف لانه
يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها خلافا لمحمد فان ماء هذه الانهار عشري عنده

وليس في عين قير او نفط في ارض عشر شيء القير هو الزفت و القار لغة فيه و النفط بالكسر والفتح
وكذا الملح ثم عدم لزوم شيء فيها لانها ليست من انزال الارض وانما هي عين فوارة
وان كانت هذه العين في ارض خراج ففي حريمها الصالح للزراعة الخراج لا فيها اي في العين
يعني في حريم عين القير والنفط الصالح للزراعة اذا وقعت في ارض خراج الخراج ولا يمسح
موضع العين لانه لا يصلح للزراعة وهو رواية ابن سماعة عن محمد وهو اختيار ابي بكر الرازي
لان حريمها في الاصل صالح للزراعة وانما عطله صاحب العين لحاجته وقيل في هذين العينين
ايضا خراج بان يمسح موضع العين اذا كان حريمها صالحا لها لان الخراج متعلق بالتمكن من الزراعة
فيكون موضع العين تابعا للارض وهو اختيار بعض مشايخ والمصنف اختار القول الاول
واشار الى رد القول الثاني بقوله لا فيها ولا يجتمع عشر وخراج في ارض واحدة وقال
الشافعي يجمع بينهما له انهما مختلفان ذاتا وسببا لان سبب العشر هو الخارج وسبب الخراج
الارض النامية ولهذا يجب الخراج بدون الخارج ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع
في ارض مسلم عشر ولا خراج وفي المحيط لا يأكل المالك ما خرج من الارض الخراجية قبل اداء
الخراج لان للامام ان يحبس الخارج من الخراج فلو اكله قبل ادائه يكون في حقه في الحبس
كالمشتري لا يحل له اكل الطعام قبل القبض ونقد الثمن بغير اذن البائع ولو ترك الامام
الخراج للمالك يجوز عند ابي يوسف اذا كان مصرفا له وعند محمد لا يجوز ولو ترك العشر
لا يجوز اتفاقا لانه حق الفقراء على الخلوص ثم اعلم ان الخراج على نوعين خراج مقاسمة
ويسمى خراج وظيفة والثاني مقاسمة اما الاول فهو ما ثبت بتوظيف عمر رضي الله عنه
باجماع الصحابة رضي الله عنهم في كل جريب ارض بيضاء يصلح للزراعة قفيز مما يزرع
فيها ودرهم والقفيز هو الصاع والدرهم هو الفضة الخالصة وزنه وزن سبعة
والجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى
وهي سبع قبضات تزيد على ذراع العامة بقبضة وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي
جريب الكرم عشرة دراهم واما خراج المقاسمة فهو ان الامام اذا فتح البلدة عنوة ومن
على اهلها جعل على اراضيهم الخراج مقدار خمس الخارج او جزء من الربع والثلث والنصف
وهذا جائز كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باهل خيبر ويكون حكمه حكم العشر

باب المصرف

لما ذكر الزكاة وما يلحقها من خمس المعادن وعشر الزروع احتاج الى بيان من يصرف اليه هذه الاشياء
فشرع في بيانه في هذا الباب والاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية
فهي ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم وهم كانوا ثلاثة انواع نوع كان يتألفهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ليسلموا او يسلم قومهم باسلامهم ونوع منهم اسلموا لكن على ضعف فيزيد تقريرهم
ونوع منهم كان يعطيهم لدفع شرهم وهم كانوا ثلاثة عشر رجلا من رؤساء العرب كابي سفيان بن حرب
وصفوان بن امية وعيينة بن حصين والاقرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والعباس بن مرداس
وزيد الخيل واقرانهم ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم خوفا منهم فان الانبياء عليهم السلام
لا يخافون احدا سوى الله وانما يعطيهم خشية ان يكبهم الله على وجوههم في نار جهنم فان قيل
كيف يجوز ان يقال يصرف اليهم وهم كفار قلنا الجهاد واجب على الفقراء من المسلمين والاغنياء
لدفع شر المشركين وكان يدفع اليهم جزء من مال الفقراء لدفع شرهم وذلك قائم مقام الجهاد
في ذلك الوقت ثم سقط سهمهم بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم باجماع الصحابة في صدر
خلافة ابي بكر رضي الله عنه روي انهم استبدلوا الخط لنصيبهم من ابي بكر رضي الله عنه فبذل لهم وجاءوا الى عمر
فمزق خط الصديق وقال هذا شيء كان يعطيكم رسول الله صلى الله عليه وسلم تأليفا لكم
واما اليوم فقد اعز الله الاسلام واغنى عنكم فان ثبتم على الاسلام والا فبيننا وبينكم السيف
فعادوا الى ابي بكر رضي الله عنه فقالوا انت الخليفة ام عمر بذلت لنا الخط فمزقه عمر
فقال هو ان شاء يعني هو الخليفة ان شاء ولم يخالفه وعلى هذا انعقد الاجماع

لكن اختلف

لكن اختلف كلام القوم في وجه سقوطه بعد النبي صلى الله عليه وسلم بعد ثبوته بالكتاب الى حين وفاته عليه السلام
فمنهم من ارتكب جواز نسخ ما ثبت بالكتاب بالاجماع بناء على ان الاجماع حجة قطعية كالكتاب لكن الصحيح من المذهب
ومنهم من قال هو من قبيل انتهاء الحكم بانتهاء علته كانتهاء جواز الصوم بانتهاء وقته وهو النهار
ورد بان الحكم في البقاء لا يحتاج الى علة كما في الرمل والاضطباع في الطواف فانتهاؤها لا يستلزم انتهاءه
والاحسن ان يقال هذا تقرير لما كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من حيث المعنى
وذلك ان المقصود بالدفع اليهم كان اعزاز الاسلام لضعفه في ذلك الوقت لغلبة اهل الكفر
فكان الاعزاز بالدفع في ذلك الزمان ولما تبدل الحال بغلبة اهل الاسلام صار الاعزاز
في المنع فكان الاعطاء في ذلك الزمان والمنع في هذا الزمان بمنزلة الآلة للاعزاز الدين
والاعزاز هو المقصود وهو باق على حاله بدون امر فلم يكن نسخا كالمتيمم وجب عليه
استعمال التراب للتطهير لانه آلة معينة لحصول التطهير عند عدم الماء فاذا تبدل حاله
بوجدان الماء سقط الاول ووجب استعمال الماء ولا يكون هذا نسخا للاول كذا هنا
هو ان المصرف الفقير وهو من له شيء دون نصاب والمسكين وهو من لا شيء له
وهذا مروي عن ابي حنيفة وقيل بالعكس يعني الفقير من لا شيء له والمسكين من له شيء دون نصاب
ووجه الاول وهو ان يكون المسكين اسوأ حالا من الفقير قوله تعالى او مسكينا
ذا متربة اي لاصقا بالتراب من الجوع والعري قال المولى الفاضل سعدي افندي
لم لا يجوز ان يكون قوله ذا متربة صفة كاشفة للمسكين بل قيدا انتهى يعني
الفقير فعلى هذا يلزم ان يكون المسكين عاما يطلق على من له شيء وعلى من لا شيء له حتى يكون
قوله ذا متربة قيدا له وهو خلاف المطلوب لان المطلوب اطلاقه على من لا شيء له فقط
وقوله تعالى والله الغني وانتم الفقراء يا ايها الناس انتم الفقراء الى الله وان كان المراد
بالفقير الفقير استدل على المطلوب بهاتين الآيتين شارح المختصر وفيه بحث يعلم بالتأمل
وان المسكين من السكون فكان فيه المبالغة في الحقه بالموت وقول الشاعر
اما الفقير الذي كانت حلوبته * البيت سماه فقيرا مع ان له حلوبة يقول الفقير
والبحث الذي اورده الفاضل سعدي افندي على قوله تعالى او مسكينا ذا متربة
وارد هنا ويحثنا وارد عليه ايضا تدبر واما وجه الثاني وهو ان الفقير اسوأ
حالا من المسكين قوله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر وجه
الاستدلال به ظاهر وان الفقير مشتق من انكسار فقار الظهر والحديث يشهد لهذا
وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اللهم احيني مسكينا وامتني مسكينا
واحشرني في زمرة المساكين ولانه تعالى قدم في المصرف الاسوأ حالا ليصرف اليه اولا
وفائدة هذا الخلاف انما تظهر في الوصايا والاوقاف والنذور لا في الزكاة فان
صرفها الى صنف واحد جائز عندنا ثم هما صنفان او صنف واحد اختلف فيه
روي عن ابي يوسف انه قال هما صنف واحد حتى قال فيمن اوصى بثلث ماله لفلان
وللفقراء والمساكين ان لفلان نصف الثلث وللفريقين النصف الآخر
وقال الامام لفلان ثلث الثلث فجعلهما صنفين هو الصحيح لانه عطف وهو يقتضي المغايرة
والعامل هو الذي يبعثه الامام لجباية الصدقات يعطى بقدر عمله ولو كان غنيا
ان يعطى له ما يكفيه واعوانه مدة ذهابهم وايابهم لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين
فيستحق على ذلك رزقا كالقضاة والمقاتلة وليس ذلك على وجه الاجارة لانها
لا تكون الا على عمل معلوم ومدة معلومة واجل معلوم ولم يقدر ذلك الثمن
خلافا للشافعي فانه يقدر بذلك لان القسمة تقتضي المساواة في الاصل
فيكون بيانا للحصة ولنا انه يستحقه بطريق الكفاية لا بطريق
الصدقة الا ترى ان صاحب الزكاة لو دفعها الى الامام
لم يستحق شيئا وياخذ وان كان غنيا

فان قيل لو كان كذلك لجاز اخذه للهاشمي قيل نعم استحقاقه بطريق الكفاية الا ان فيه
شبهة الصدقة نظراً الى سقوط الزكاة عن ذمة المؤدي فلا يأخذها العامل الهاشمي
تنزيهاً لقرابة الرسول صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ والغني لا يوازي الهاشمي
في استحقاق الكرامة فلم يعتبر الشبهة في حقه وفي التبيين لو استغرقت كفايته الزكاة لا يزاد
على نصفها لان التنصيف عين الانصاف ويجب على الامام ان يبعث من يكتفي بالوسط
من غير تبذير ولا تقتير لان المبذرين كانوا اخوان الشياطين والمكاتب يعان في فك رقبته
هو المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي ان رجلا قال دلني على عمل يدخلني
الجنة قال فك الرقبة او عتق النسمة قال [illegible] سواء قال فك الرقبة ان تعين
في عتقها ثم ان عجز المكاتب وانتقل تلك الصدقة الى مولاه الغني يحل له وكذا الفقير اذا
استغنى وابن السبيل اذا قدر على ماله كان الصدقة وقعت في مصرفها عند الاخذ كذا في ابن ملك
والمديون لا يملك نصاباً فاضلاً عن دينه لانه اذا ملك ذلك كان غنياً واذا لم يملك فيما
ذلك مستحق بوجوده وعدمه سواء فكان فقيراً وهو الغارم وقال الشافعي الغارم
من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين ومنقطع الغزاة
عند ابي يوسف وهو المراد من قوله تعالى وفي سبيل الله كذا في [illegible] هم عند الاطلاق
ومنقطع الحج عند محمد لما روي ان رجلا جعل بعيراً له في سبيل الله فامر النبي صلى الله عليه
ان يحمل عليه الحاج اذ كان ان منقطع الغزاة او منقطع الحج فقيراً يعني ان المراد
منقطع الغزاة فقراؤهم وكذا المراد بمنقطع الحاج فقراء الحاج ولا يصرف الى اغنياء
الغزاة ولا الى اغنياء الحاج لان المصرف في الاصل هو الفقراء لقوله صلى الله عليه وسلم
خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم وقال الشافعي يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تحل الصدقة لغني الا لخمسة من جملتهم الغزاة في سبيل الله ولكنا نقول المراد
الغني بقوة البدن والقدرة على الكسب انما يكون بالبدن لا بملك المال بدليل الحديث
الذي رويناه وهو ردها في فقرائهم فيكون المعنى ان المستغني بالكسب لقوة بدنه
لا يحل له طلب الصدقة على صنوف المضاف الا اذا كان غازياً فيحل له طلب الصدقة
لاشتغاله بالجهاد عن الكسب وذكر تلك الخمسة في التجنيس فقال لا يحل الصدقة الا لخمسة
الغازي والعامل عليها والغارم ورجل اشتراها بماله ورجل تصدق بها على المسكين
فاهداها المسكين اليه كذا في العناية والنهاية يقول الفقير وانت خبير بان لا طلب للمهدى
والغني المهدى اليه الصدقة وانت خبير ايضا بان المراد بالغني من يملك نصاباً بالنسبة
الى العامل عليها لانه يأخذها بقدر عمله وان كان غنيا يملك النصاب كما ذكر آنفاً تدبر
ومن له مال في وطنه لا معه وهو المراد من ابن السبيل ان ابن السبيل غني بالنظر
الى مكان ماله فقير بالنظر الى حيث هو فجاز له اخذ الزكاة لكونه فقيراً في الحال لعدم
امتناعه بماله وسمي المسافر ابن السبيل لكثرة ملازمته السبيل لانه لما حصل منه كثرة في
الملازمة صار كانه من الطريق ومنه قولهم الصوفي ابن الوقت قال صاحب العناية والنهاية
فان قلت قوله وفي سبيل الله وقع مكرراً فانه ان لم يكن في وطنه مال فهو الفقير سواء وان كان
في وطنه مال فهو ابن السبيل سواء فباي شيء يتبين من هو في سبيل الله غيرهما من الفريقين
وهما ابن السبيل والفقير قلت هو فقير الا انه ازداد فيه شيء آخر سوى الفقر
وهو الانقطاع في عبادة الله من جهاد او حج فلذلك للتغاير الفقير المطلق الذي هو
خال عن هذا القيد ولا شك ان المقيد غير المطلق وظهر اثر التغاير في حكم آخر ايضا
وهو زيادة تحريض وترغيب رعاية جانبه التي استفيدت من العدول عن اللام الى كلمة
في وتكرارها ايضا وذهب صاحب الكشاف والعدول في الآية من اللام الى في
للايذان بانهم ارسخ في استحقاق التصدق عليهم ممن سبق ذكره فلما غاير
لفظاً وحكماً يكون المصارف سبعة متغايراً كل واحد منها من الآخر

ويجوز دفعها

مطلب

ويجوز دفعها الى كلهم والى بعضهم بل الى صنف واحد منهم بل الى واحد من الصنف الواحد
وقال الشافعي لا يجوز ما لم يصرف الى الاصناف السبعة من كل صنف ثلاثة لانهم مستحقون بها
اذ الاضافة بلام التمليك وان لم توجب حقيقة الملك فلا اقل من ان يوجب الاستحقاق ولهذا
لو اوصى بثلث ماله لهؤلاء الاصناف لم يجز حرمان بعضهم فكذا هنا ولنا ان الاضافة لبيان
انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وقال ابن عباس رضي الله عنهما المراد بيان المصارف
فالى ايهم صرفت اجزاك كما ان الله تعالى امرنا باستقبال الكعبة في الصلاة فاذا استقبلت جزءاً
منها كنت ممتثلاً للامر الا ترى ان الله تعالى ذكر الاصناف باوصاف تنبئ عن الحاجة فعرفنا
ان المقصود سد خلة المحتاج فصاروا صنفاً واحداً في التحقيق والجمع مستعار عن الجنس لانه
اذا دخل اللام على الجمع ولا يمكن حملها على العهود ولا على الاستغراق يراد به الجنسية
ويبطل الجمعية كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد فههنا لا يراد العهد ولا الاستغراق
لانه ان اريد هنا فلا يتأتى يراد ان جميع صدقات الدنيا لجميع الفقراء الخ فلا يجوز ان يحرم
واحد وليس هنا في وسع احد كذا في العناية وصدر الشريعة يقول الفقير لا يجب ان
يحمل مثله على الاستغراق العرفي على طريقة قولهم جمع الامير الصاغة اي صاغة بلده او اطراف
مملكته وعدم كونه في وسع احد غير مسلم ولا تدفع الزكاة لبناء مسجد او لتكفين ميت
لان الواجب فيها التمليك بالتمليك من غيره ولم يوجد وهو الركن لان الاصل في الزكاة
تمليك فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه جزءاً من المال مع قطع منفعة المدفوع عن نفسه مقروناً
بالنية ولقائل ان يقول قولكم التمليك ركن دعوى مجردة اذ ليس في الادلة النقلية المنقولة
فههنا البتة ما يدل على ذلك ما خلا قوله تعالى انما الصدقات للفقراء وانتم حملتم اللام للعاقبة
دون التمليك والجواب ان معنى قولهم للعاقبة ان المقبوض يصير ملكاً لهم في العاقبة
فهم مصارف ابتداء لا مستحقون ثم يحصل لهم الملك في العاقبة بدلالة اللام فلم يبق
دعوى مجردة ثم الدليل على ان التمليك لم يتحقق في تكفين الميت ان الذئب لو اكل الميت
يكون الكفن للمكفن لا لورثة الميت ولو تحقق التمليك لكان لهم ثم قالوا الحيلة في بناء المسجد
بمال الزكاة او اعتاق العبد او غيره لمن اراد ذلك ان يتصدق بمقدار زكاته على فقير ثم يأمره
بعد ذلك بالصرف الى هذه الوجوه فيكون لصاحب المال ثواب الصدقة ولذلك الفقير
ثواب هذه القرب او قضاء دينه اي دين الميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه بدليل
ان الدائن والمديون اذا تصادقا على ان لا دين بينهما فللمؤدي ان يسترد المقبوض من القابض فلم
يصر هو ملكاً للقابض وانما قيد بدين الميت لانه لو قضى دين حي بامره وقع عن الزكاة كانه تصدق
على الغريم ويكون القابض كالوكيل له في قبض الصدقة ولو قضى دين حي بامره والمديون فقير يجوز
من زكاة ماله او ثمن قن لا يعتق اي لا يشترى بالزكاة عبد يعتق لانعدام التمليك لان الاعتاق
اسقاط الملك وليس بتمليك فلا يسقط به الزكاة خلافاً لمالك فانه ذهب اليه في تأويل قوله تعالى
وفي الرقاب ولا الى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم
والمأخوذ من اغنياء المسلمين فكذا المدفوع الى فقرائهم فان قيل هذا زيادة على النص وهو قوله
تعالى انما الصدقات للفقراء بخبر الواحد وهو لا يجوز اجيب بانه مشهور تلقته
الامة بالقبول فجاز الزيادة به وصح الدفع الى الذمي في غير الزكاة وقال ابو يوسف
والشافعي لا يجوز كالزكاة ولنا قوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين
ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم وقوله عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان
كلها وانما زدنا وصف الاسلام في الزكاة لحديث معاذ رضي الله عنه لانه مشهور على ما بينا
ولم يرد النص في غير الزكاة فلو شرطناه لشرطناه قياساً والقياس في مثل هذا الموضع
في مقابلة النص باطل ولا الى غني يملك نصاباً من اي مال كان من جنس الاثمان كالنقود او
السوائم او العروض بشرط ان يكون فاضلاً عن حوائجه الاصلية لانه اذا ملك اموالاً
من الاموال سواء كانت من الدراهم او الدنانير او غيرهما ولكن ليست هي فاضلة عن الحاجة الاصلية يجوز

مطلب في بناء المسجد والكفن بمال الزكاة

مطلب جواز النفل على الذمي

دفع الزكاة اليه

والحاجة الاصلية في حق الدراهم والدنانير هي ان يكون الدين مشغولا بها وفي غيرها احتياجه
اليه في الاستعمال واقامة المعاش وعن هذا ذكر في المبسوط رجل له الف درهم وعليه الف درهم
وله دار وخادم لغير التجارة قيمتها عشرة آلاف درهم فلا زكاة عليه لان الدين مصروف
الى المال الذي في يده لانه فاضل عن حاجته معد للتقلب والتصرف فكان الدين مصروفا
واما الدار والخادم مشغولان بحاجته فلا يصرف الدين اليه وعلى هذا قالوا يجوز
ان الفقيه اذا ملك من الكتب ما يساوي مالا عظيما ولكنه يحتاج اليها يحل له اخذ الصدقة
الا ان يملك فاضلا عن حاجته ما يساوي مائتي درهم وذكر في فتاوى قاضيخان
ولا يحل السؤال لمن كان عنده قوت يوم عند البعض وقال بعضهم لا يحل السؤال
لمن كان كسوبا او يملك خمسين درهما ويجوز صرف الزكاة الى من يحل له السؤال
اذا لم يملك نصابا ثم قال ولو كان له حوانيت او دار يساوي ثلاثة آلاف درهم
وغلتها لا تكفي لقوته وقوت عياله يجوز صرف الزكاة اليه في قول محمد ويجوز دفع الزكاة
الى من يملك اقل من نصاب وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف
وهذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز دفع الزكاة الى الفقير المكتسب لقوله عليه السلام
لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي وتاويله حرمة الطلب والسؤال الا ترى
الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقسم الصدقات فقام اليه
رجلان يسألانه فنظر اليهما فرآهما جلدين فقال انه لا حق لكما فيه وان شئتما
اعطيتكما معناه لا حق لكما في السؤال الا ترى انه جوز الاعطاء اليهما كذا في النهاية
او عبده اي عبد غني لان الملك يقع لمولاه وكذا المعتبر ها هنا الولد لانه يقع
لمولاها ايضا او طفله لانه يعد غنيا بغناء ابيه بخلاف ولده الكبير فانه يجوز
دفع الزكاة اليه لانه لا يعد غنيا بغناء ابيه وان كانت نفقته عليه وامرأته ان كانا
فقيرين يعني ان كان ولده الكبير وامرأته فقيرين وهو ظاهر الرواية وروى صاحب الاملاء
عن ابي يوسف انه لا يجوز دفع الزكاة الى امرأة الغني وجه الظاهر ان قدر النفقة لا يغنيها
وبغناء الزوج لا تعد المرأة غنية ووجه رواية الاملاء انها مكفية المؤنة بما يستوجب من النفقة
على الغني حالة اليسار والاعسار فالصرف اليها بمنزلة الصرف الى الصغير فكما لا يجوز هنا
لا يجوز هنالك ولا الى هاشمي من آل علي وعباس وجعفر وعقيل بفتح العين والحارث بن عبد المطلب
لقوله صلى الله عليه وسلم خطابا لبني هاشم ان الله حرم عليكم اوساخ الناس وعوضكم عنها
بخمس الخمس اعلم ان حارثا وعباسا عمان للنبي صلى الله عليه وسلم وجعفرا وعقيلا اخوان
لعلي بن ابي طالب وكلهم ينسبون الى هاشم لان رسولنا صلى الله عليه وسلم محمد بن عبد الله
بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وانما خصهم بالذكر لان بعض بني هاشم وهم بنو ابي لهب
يجوز دفع الزكاة اليهم لان حرمة الصدقة كرامة لهم وانما استحقوها بنصرتهم النبي صلى الله عليه وسلم
في الجاهلية والاسلام ثم سرى تلك الكرامة الى اولادهم وابو لهب اذى النبي صلى الله عليه وسلم
فكيف يستحق الكرامة اولاده قال صاحب النهاية روى ابو عصمة عن ابي حنيفة انه يجوز دفع
الزكاة الى الهاشمي فقيرهم فيها كفقير غيرهم وقال صاحب الاختيار ووجهه ان عوضهم
وهو خمس الخمس لما لم يصل اليهم العوض عادوا الى المعوض عملا بمطلق الآية ولانه اذا
لم يصل اليهم واحد منهما هلكوا جوعا فيجوز ذلك لهم دفعا للضرر عنهم ولو كان
الهاشمي عاملا عليها اي على الزكاة ترجح علمه جواز الدفع الى الهاشمي العامل اولى
قيل بخلاف التطوع يعني اختلف في جواز دفع التطوع اليهم قال بعضهم لا فرق بين الصدقة
الواجبة والنفل وكذا الوقف لا يحل لهم ذكر في البدائع ان سمى الواقف بني هاشم يجوز
الوقف عليهم كما لو سمى الواقف الاغنياء وان لم يسمهم لا يجوز وقال بعض مشايخنا يحل لهم
النفل لان الوسخ لا يزول به كما يزول بالفرض قال صاحب الهداية المال في الزكاة كالماء
يتدنس باسقاط الفرض واما التطوع فهو بمنزلة التبرد بالماء

قال صاحب

قال صاحب النهاية والعناية فان قيل لم لم يجعل صدقة التطوع بمنزلة الوضوء على الوضوء
باعتبار وجود القربة فيها ولهذا اختار صاحب الفتاوى الكبرى حرمة التطوع ايضا وذكر
في شرح الآثار المفروضة والنافلة محرمتان عليهم عندهما وعن ابي حنيفة روايتان واجيب
بان المال ليس بنجس حقيقة ولا حكما الا انه لما ادى الفرض به تنجس من حيث انه صار مطهرا كالنفس
لسقوط الفرض به فبقي ما وراءه على ما يقتضيه القياس واما الوضوء على الوضوء فانه ازال
الظلمة بخلاف التطوع وفي شرح الآثار لابي جعفر الطحاوي عن ابي حنيفة ان الصدقات كلها جائزة
على بني هاشم والحرمة كانت في عهد النبي عليه السلام لوصول خمس الخمس اليهم فلما سقط ذلك بموته
حلت لهم الصدقة قال الطحاوي وبالجواز ناخذ ومواليهم اي موالي بني هاشم مثلهم
اي مثل بني هاشم في عدم جواز دفع الزكاة اليهم لما روي ان مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم
سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا قال المولى الفاضل سعدي افندي في دلالة هذا
الحديث على المطلوب كلام اذ حرمة مولاه صلى الله عليه وسلم ليس يشبهها حرمة مولى غيره كما
في الغني والهاشمي فيقتصر على مورده الا ان يراد بضمير المتكلم مع الغير نفسه الكريمة وغيره من
بني هاشم ولا يدفع المزكي زكاته الى اصله وان علا وفرعه وان سفل اي من يكون بينهما
قرابة ولاد اعلى او اسفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال
واما من سواهم من القرابة فيجوز بل هو افضل لما فيه من صلة الرحم وزوجته للاشتراك
في المنافع عادة وكذا لا تدفع المرأة الى زوجها للاشتراك في المنافع ايضا خلافا
لهما لقوله عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله عنه
حين سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة ولا الى عبده ومكاتبه ومدبره
وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك
حتى انه لو تزوج جارية مكاتبه لا يجوز كما لو تزوج جارية نفسه وكذا معتق البعض
لانه بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفة خلافا لهما لانه حر مديون عندهما قال ابن ملك
في شرح مجمع البحرين وهنا شامل للصورتين احداهما ان مالك العبد اذا اعتق بعضه وجب
السعاية في البعض الآخر عند ابي حنيفة فلا يجوز للمعتق ان يدفع زكاته اليه لانه كمكاتبه
وعندهما يجوز لان كله صار حرا باعتاق بعضه وثانيهما ان احد الشريكين اذا اعتق
نصيبه من العبد لا يجوز للشريك الساكت اذا اختار السعاية ان يدفع زكاته
اليه عند ابي حنيفة لانه كالمكاتب ويجوز عندهما لانه حر مديون ولو دفع الزكاة
الى من ظنه مصرفا فبان انه غني او هاشمي او كافر او ابوه او ابنه اجزأه
عند ابي حنيفة ومحمد لحديث معن بن يزيد فانه صلى الله عليه وسلم قال فيه يا يزيد لك ما
نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته واختصما الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام ما رويت ولان الوقوف على هذه
الاشياء ممكن لكنه بالاجتهاد دون القطع وما كان كذلك بني الامر فيه على ما يقع
كما اذا اشتبهت عليه القبلة وصلى الى جهة التحري ثم تبين خطاؤه وهذا اذا تحرى
وفي الكرماني ليس بمصرف لا يجوز الا اذا علم انه فقير وعند ابي حنيفة اذا ظهر انه هاشمي
او كافر او ابوه او ابنه لا يجزئه ولو ظهر انه غني يجزئه والظاهر الاجزاء في الكل عنده
خلافا لابي يوسف يعني عليه الاعادة عنده لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه
وصار كالاواني والثياب فان الاواني الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة فانه ينظر ان كانت
الغلبة للطاهرة فانه يتحرى فيها ولا يجوز ان يترك التحري كما اذا كان ثلاثة اوان اناءان منها
والواحد نجس يتحرى اما اذا كانت الغلبة للنجسة او كانا سواء فانه لا يتحرى بل يتيمم ثم فيما
جاز التحري فتحرى وتوضأ ثم تبين انه نجس يعيد الوضوء واما في الثياب اذا اختلطت
الطاهرة بالنجسة وليس بينهما علامة لاحدهما فانه يتحرى في ذلك سواء كانت الغلبة للطاهرة
ثم اذا صلى بثوب منها بالتحري ثم تبين انه كان نجسا يعيد الصلاة كذا في النهاية والعناية

ولو بان اي لو دفع الى من ظنه مصرفا فبان انه عبده او مكاتبه لا يجزئ لانعدام التمليك
لعدم اهلية الملك وهو الركن ويندب دفع ما يغني عن السؤال اليه قال ابو ح
له مخاطبا للامام الثاني وان تغني به انسانا احب الي معناه الاغناء عن السؤال
في يومه لان الاغناء مطلقا مكروه وكره دفع نصاب او اكثر الى فقير غير مديون
قيد به لانه اذا كان مديونا فلا باس بان يعطيه مائتي او اكثر مقدار ما يقضي به دينه
قال في الهداية ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز
وقال زفر لا يجوز لان الغنا قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني وقال صاحب
الكراهة فيما اذا لم يكن عليه دين او لم يكن صاحب عيال فلا باس بان يعطيه مقدار ما
لو وزعه على عياله اصاب كل واحد منهم دون المائتين لان التصدق عليه في المعنى
تصدق عليه وعلى عياله وكره نقلها الى بلد اخر وانما تفرق صدقة
كل قوم فيهم لما روينا من حديث معاذ رض وهو خذها من اغنيائهم وردها
وفيه رعاية حق الجوار الا الى قريبه او احوج من اهل بلده قال الامام ابو الحسن
يكره نقل الزكاة الى بلد اخر وهذا اذا لم ينقل الى قرابته او الى قوم احوج
اهل بلده اما اذا نقل اليهم فانه يجوز بلا كراهة اما الجواز في الصورة الاولى
فلان المصرف مطلق الفقراء بالنص واما الكراهة فلحديث معاذ رض لان في النقل
ترك رعاية حق الجوار واما عدم الكراهة فيما اذا نقل الى قرابته فلما فيه من الصلة
واما فيما نقل الى قوم هم احوج من اهل بلده فلان المقصود سد خلة المحتاج فمن كان
احوج كان اولى ولا يسال من له قوت يومه تمم الكلام عليه نقلا عن فتاوى
ثم اعلم انه لا بد لنا من بيان انواع ما يجمع في بيت المال وبيان مصارفه ههنا
اعلم انما يجمع في بيت المال من الاموال اربعة انواع النوع الاول زكاة السوائم والعشور
وما اخذ العاشر من المسلمين الذين يمرون عليه من التجار ومصرفه ما بين الله تعالى
بقوله انما الصدقات للفقراء الاية والثاني ما اخذ من خمس الغنائم والمعادن والركاز
ومصرفه الاصناف التي ذكرها الله تعالى بقوله في سورة الانفال واعلموا انما غنمتم
من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل
فسهم الله وسهم الرسول واحد وانما ذكر تبركا وافتتاحا للكلام والمراد الفقراء ههنا
وسهم الرسول سقط بموته عليه السلام وسهم ذوي القربى ساقط عندنا بوفاة
الرسول عليه السلام فيصرف الخمس الى ثلثة اصناف اليتامى والمساكين وابن السبيل
وعند الشافعي سهم ذوي القربى ثابت والثالث الخراج والجزية وما اخذ من المستامن
واهل الذمة من اهل الحرب من العاشر وغيرهم ومصرفها عمارة الرباطات والقناطير
والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام كجيحون والفرات ودجلة
ويصرف الى ارزاق القضاة والولاة والمفتين والمحتسبين والحفاظ والمفسرين والمعلمين
والمتعلمين وارزاق المقاتلة ويصرف الى من رصد الطريق في دار الاسلام حاصله
ان هذا النوع من المال يصرف الى عمارة الدين وصلاح دار الاسلام والمسلمين
والرابع ما اخذ من تركة الميت والذي مات ولم يترك وارثا او زوجا او زوجة
ومصرفه نفقة المريض وادوية وعلاجهم وهم فقراء وكفن الموتى الذين لا مال لهم
ونفقة اللقيط وعقل جنايته ونفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من يقضي عليه
بنفقته وما اشبه ذلك والواجب على الائمة والولاة والسلاطين ايصال الحقوق الى
اربابها وان لا يحبسها عنهم على ما يرى من غير تفضيل وميل في ذلك ولا يحل لهم منها
الا مقدار ما يكفيهم ويكفي اعوانهم وان فضل من بيت المال شيء بعد ايصال الحقوق
الى اربابها قسموه بين المسلمين وان قصروا في ذلك كان وباله عليهم ويستحقون
اسم الظلم هذا زبدة ما في غاية البيان نقلا من شرح مختصر الطحاوي

باب صدقة الفطر

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر لها مناسبة بالزكاة وبالصوم اما بالزكاة فلانها من الوظائف المالية مع انحطاط درجتها
من الزكاة واما بالصوم فاعتبار الترتيب الوجودي فان شرطها الفطر وهو بعد الصوم
قال صاحب النهاية وانما رجح هذا الترتيب لما ان المقصود من الكلام هو المضاف لا المضاف اليه
خصوصا اذا كان مضافا الى الشرط والصدقة عطية يراد بها المثوبة من الله تعالى انما
سميت بها لانها تظهر صدق الرغبة في تلك المثوبة كالصداق يظهر به رغبة الرجل في المرأة
هي واجبة الوجوب هنا على معناه الاصطلاحي وهو ما ثبت بدليل فيه شبهة
حتى لا يكفر جاحدها اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير
او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة
من صعير العذري عن ابيه وبه يثبت الوجوب لعدم القطع على الحر فلا يجب
على العبد لتحقق التمليك المسلم فلا يجب على الكافر ليقع قربة المالك لنصاب
فلا يجب على من لا يملك نصابا لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى ابي صاحب غنى
غني والظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب ويقدر الغنى في الشرع
بالنصاب وهو حجة على الشافعي في ايجابه على من يملك الزيادة على قوت يومه لنفسه
وعياله استدلالا بما ذكر في اخر حديث ابن عمر رضي الله عنهما غني او فقير لانه محمول اما على
كان في الابتداء ثم انتسخ بقوله عليه السلام انما الصدقة ما كان عن ظهر غنى
واما على الندب لانه قال اما غنيكم فيزكيه الله واما فقيركم فيعطيه الله افضل مما اعطى
فاضل عن حاجته الاصلية وهي مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده للخدمة
لان هذه الاشياء مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة كالمعدوم على ما بين
في اول باب الزكاة وان لم يكن ناميا يعني لا يشترط ان يكون بالمال نام لانها وجبت
بالقدرة الممكنة والنمو انما يشترط فيما يكون وجوبه بالقدرة الميسرة كالزكاة على
ما عرف في الاصول وبه اي بهذا النصاب تحرم الصدقة وتجب الاضحية واعلم ان النصب
على انواع ثلاث نصاب يجب فيه الزكاة وسائر الاحكام المتعلقة بالمال ونصاب يجب فيه
الاحكام الاربعة حرمة الصدقة ووجوب الاضحية وصدقة الفطر ونفقة الاقارب
ولا يشترط فيه النمو بالتجارة او بالحول ونصاب ثبت به حرمة السؤال وهو ان
كان عنده قوت يومه عند البعض وقال بعضهم لا يحل لمن كان كسوبا او يملك خمسين
درهما وقد ذكرناه عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه
وسلم زكاة الفطر على الذكر والانثى الحديث وولده الصغير الفقير لان السبب راس يمونه
ويلي عليه لانها تضاف الى الراس يقال زكاة الراس وهي امارة السببية لان الاضافة للاختصاص
واقوى وجوهه اضافة المسبب الى سببه ولهذا يتعدد بتعدد الراس مع اتحاد اليوم فعلم
ان الراس هو السبب دون الوقت والاصل في الوجوب راسه وهو يمونه ويلي عليه
فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم وقيد بالفقير لانه اذا
كان له مال يؤدي الاب من ماله عندابي ح وابي يوسف كما في الينابيع وعبده للخدمة ولو كافرا
لقيام الولاية والمؤنة والوجوب على المولى لان راس عبده كراسه ولو كان العبد كافرا
يجب عندنا خلافا للشافعي بناء على ان الوجوب عندنا على المولى عن عبده فيعتبر اهلية
المولى لا اهلية العبد وعنده على العبد ثم يتحمل عنه المولى فيعتبر كون العبد اهلا للوجوب
عليه لانه طهرة للصائم والصوم يجب على العبد ولو كان المولى كافرا والعبد مسلما لا يجب
عليه اتفاقا اما عندنا فلان المولى غير صالح لايجابها ابتداء واما عند الشافعي فلكونه غير
صالح لايجابها على وجه التحمل ولكنا يخرج عن مدبره وام ولده لان ولاية المولى ثابتة
عليهما لانها تتقرر بالتدبير والاستيلاد وانما تختل المالية ولا عبرة لها ههنا لانه يؤدي
عن نفسه واولاده الصغار ولا مالية فيهم وكذا يخرج عن عبده الماذون المديون

لا يخرج عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير
الرواتب من النفقة والكسوة والسكنى الا يرى انه لا يلزمه مداواتها اذا مرضت
وقال الشافعي يجب على الرجل ان يؤدي صدقة الفطر عن زوجته لقوله عليه السلام ادوا عمن تمونون
وهو يمون زوجته ولنا انه ذكر المؤنة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل وليس عليه مؤنتها
كاملة على ما ذكرنا ولو ادى عنها بغير امرها اجزاها استحسانا لثبوت الاذن عادة
والقياس ان لا يصح كما اذا ادى الزكاة بغير اذنها ولا عن ولده الكبير وان كان في عياله
بان كان فقيرا زمنا لانه لا يستحق عليه ولاية فصار كالاجانب ولو ادى عنه بغير امره اجزاه ايضا
استحسانا ولا عن طفله الغني بل من مال الطفل عند ابي حـ وابي يوسف كما ذكرنا انفا وهو
استحسان وقال محمد وهو قول زفر وهو القياس لا يؤدي الا من مال نفسه ولو ادى من مال
الصغير ضمن لانها زكاة في الشريعة كزكاة المال فلا يجب على الصغير لانها عبادة والصغير
ليس باهل لها ووجه الاستحسان ان الشرع اجراها مجرى المؤنة حيث اوجب على الانسان
من جهة غيره فاشبه النفقة ونفقة الصغير في ماله اذا كان له مال والمجنون كالطفل
يعني ان كان فقيرا يخرج الاب عنه وان كان غنيا لا يخرج من مال نفسه بل من ماله عند ابي حـ
وابي يوسف وقال محمد لا يخرج الا من مال نفسه ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية عليه
لصيرورته حرا يدا ولا المكاتب عن نفسه لفقره لانه لا يملك مالا ولا يخرج عن عبيده للتجارة
خلافا للشافعي فان عنده وجوب صدقة الفطر على العبد ووجوب الزكاة على المولى
فهما حقان ثابتان في حقين مختلفين فجاز اجتماعهما وعندنا وجوبهما على المولى بسببهم
فلو قلنا يجب صدقة الفطر على المولى ايضا بسببهم كالزكاة لكان فيه تثنية الصدقة
على المولى في سنة واحدة بسبب مال واحد وهذا لا يجوز لاطلاق قوله عليه السلام لا ثنى
في الصدقة اي لا تؤخذ في السنة مرتين والثني بكسر مقصور بمعنى التثنية
وعن ابي سعيد الضرير معنى الثني الرجوع فمعنى الحديث لا رجوع فيها والاستشهاد
بالاول كذا في المغرب ولا يخرج عن عبد ابق الا بعد عوده يعني اذا كان
العبد ابقا وقت الفطر لا يجب الاداء ما دام ابقا فاذا عاد يؤدي لما مضى
ولا يخرج عن عبد او عبيد بين اثنين اما العبد ففيه خلاف الشافعي بناء على ان الفطرة
عنده على العبد وهو في نفسه كامل وعندنا على المولى وكل منهما لا يملك ما
يسمى عبدا ولان السبب راس يمونه ويلي عليه ولا ولاية منهما على الكمال حتى لو ارادا ان
يزوجه لا يملك ذلك واما العبيد فعند ابي حـ لا يخرج عنهم لانه لا يرى قسمة الرقيق
جبرا فلا يملك كل واحد منهما ما يسمى عبدا وعندهما يجب على كل فطرة ما يخصه من الرؤس
دون الاشقاص بناء على انهما يريان قسمة الرقيق جبرا فلو كان لشريكين اربعة اعبد فلا
يجب عندهما على كل واحد صدقة اثنين ولو كان ثلاثة اعبد يجب عن اثنين على
كل واحد صدقة عبد واحد دون الثالث وقيل عدم الوجوب باجماع علمائنا الثلاثة
لانه لا يجتمع نصيب كل واحد من الشريكين قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما
قال صاحب العناية والنهاية ثم الحاق ابي يوسف بمحمد هاهنا مخالف
لما ذكر في المبسوط حيث قال فيه وان كان بينهما مماليك الخدمة فعلى قول ابي حـ
لا يجب على واحد منهما صدقة الفطر عنهم وعند محمد يجب على كل واحد منهما
الصدقة في حصته اذا كانت كاملة في نفسها ومذهب ابي يوسف مضطرب
والاصح ان قوله كقول ابي حـ ولو باع العبد بخيار ففطرته على من يصير له الملك
معناه اتى وقت الفطر والخيار باق يعني فطرته على البائع ان فسخ وعلى المشتري
ان لم يفسخ لان ملك المبيع في البيع بالخيار موقوف فكذا ما يبتنى عليه الا يرى انه لو فسخ
يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز ثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد
المتصلة والمنفصلة وقال زفر على من له الخيار لان الولاية له ووجوب الصدقة باعتبار الولاية

العزيز الاعلى

وقال الشافعي

وقال الشافعي على من له الملك وهو المشتري فان من مذهبه ان خيار الشرط
لا يمنع ثبوت الملك للمشتري وقيد البيع بخيار لان البيع لو كان باتا والمبيع
غير مقبوض يوم العقد فقبضه بعده ففطرته على المشتري اتفاقا وان لم يقبضه
حتى هلك لم يجب على واحد منهما اتفاقا اما على المشتري فظ واما على البائع
فلانه عاد اليه المبيع غير منتفع به فكان بمنزلة العبد الابق ثم المراد
بالخيار خيار الشرط لانه لو رد عليه بخيار عيب او رؤية قبل القبض ففطرته
على البائع اتفاقا لان ملكه عاد اليه منتفعا به بحقيقة وان رده
بعد القبض فعلى المشتري لانه زال ملكه عنه بعد تمامه فلا يسقط عنه الصدقة
كذا في ابن الملك نقلا عن المحيط ويجب صدقة الفطر بطلوع الفجر
يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان
لانها تختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص
للفطر باليوم دون الليل فمن مات قبله او اسلم او ولد بعده لا تجب فطرته
عندنا لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وعند الشافعي تجب فطرة من
مات بعد غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان ولا تجب فطرة من
مات قبله او اسلم او ولد بعده وصح تقديمها وفي بعض النسخ تعجيلها
والمعنى واحد بلا فرق بين مدة ومدة لان سببها هو الراس فيكون اداء بعد وجود
السبب فيجوز كتعجيل الزكاة ولا فرق فيه بين مدة ومدة وعن هذا
قال في الخلاصة لو ادى عن عشر سنين او اكثر جاز وقال الحسن بن زياد
لا يجوز تعجيلها اصلا كالاضحية وقال خلف بن ايوب يجوز تعجيلها
بعد دخول شهر رمضان لا قبله فانها صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في
الصوم وقال نوح بن مريم يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان
لان بمعنى النصف قرب الفطر فاخذ حكمه ومنهم من قال في العشر الاخير من رمضان
والاصح ما في المتن وندب اخراجها قبل صلاة العيد لانه عليه السلام
كان يخرجها قبل ان يخرج الى المصلى ولانه عليه السلام قال
اغنوهم عن المسألة فانه يدل على ان الاولى اداؤها قبل الخروج الى المصلى
ليستغني الفقير عن السؤال ويحضر المصلى فارغ البال من نفقة الاهل والعيال
ولا تسقط صدقة الفطر بالتاخير فكان عليهم اخراجها لان وجه القربة
فيها معقول لانه لدفع حاجة الفقير فلا يتقدر وقت الاداء فيها بل يجوز
ان يتعين في غيره بخلاف الاضحية لان اراقة الدم لم تعقل قربة
ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص وهي
نصف صاع من بر او دقيقه او سويقه او صاع من تمر او شعير
وقال الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي
عن مروان بن الحكم انه كتب الى ابي سعيد الخدري يسأله عن صدقة الفطر
فقال كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من الطعام
او صاعا من التمر او صاعا من الشعير ولنا ما روينا من حديث ثعلبة
بن صعير العدوي وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون
ولم ينقل عن احد منهم انه لم يجوز اداء نصف صاع من بر وما روينا راجح
لان فيه الامر وهو محكم وما رواه يحتمل الزيادة تطوعا وهو الظاهر
لانه ما قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باخراج الصاع بل قال كنا نخرج والزبيب كالبر
وهو رواية الجامع الصغير لانه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما
بجميع اجزائه بخلاف الشعير والتمر لانه يلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة

وهنا اليوم

وعندهما كالشعير وهو رواية الحسن عن الامام لأن التمر يتقارب في المقصد
وهو التفكه والاستحلاء وكان ابو بكر الاعمش لا يثبت الاختلاف بينهم في الحقيقة
ويقول ان اباحنيفة انما قال ذلك لما راى للذبيب عزة في زمانه كالحنطة ولم ير
ذلك قال صاحب الكافي ولا رواية في الخبز فهل يجوز اذا ادى منوين
من خبز البر لانه لما قارب الدقيق فاولى ان يجوز منه والصحيح انه لا يجوز
الا باعتبار القيمة لانه لم يرد فيه نص فكان كالذرة والاقط يجوز قيمة
وقال مالك يتقدر بصاع لما روي وصاعا من اقط قلنا هو شاذ فلم يجز اثبات التقدير
والصاع ما يسع ثمانية ارطال بالعراقي من عدس او ماش بفتح الميم والجيم الماش
وانما قدر بها لقلة التفاوت بين حباتها عظما وصغرا وتخلخلا واكتنازا
بخلاف غيرهما من الحبوب فان التفاوت فيها كثير غاية الكثرة واما التفاوت
صغرا وعظما فلا دخل له في التقدير وذا كذا في صدر الشريعة ولا صلاح
وعند ابي يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام
صاعنا اصغر الصيعان لان خمسة ارطال وثلث رطل اصغر بالنسبة
الى ثمانية ارطال ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين
ويغتسل بثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه قال صدر الشريعة
ثم اعلم ان هذا الصاع هو الصاع العراقي واما الحجازي فخمسة ارطال
وثلث رطل فالواجب عند الشافعي من الحنطة صاع من الحجازي وعندنا
نصف صاع من العراقي وهو منوان على ان المن اربعون استارا
والاستار اربعة مثاقيل ونصف مثقال فالمن مائة وثمانون مثقالا
قال صاحب النهاية العراقي هو صاع يسع ثمانية ارطال كل رطل عشرون استارا
وكان ذلك الصاع قد فقد فاخرجه الحجاج وكان يمن على اهل العراق
يقول في خطبته يا اهل العراق يا اهل الشقاق والنفاق ومساوي الاخلاق
الم اخرج لكم صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا وروي ان ابا يوسف لما دخل المدينة
عام الحج سالهم عن صيعانهم فقالوا خمسة ارطال وثلث رطل فطالبهم بالحجة فقالوا غدا
فجاء سبعون شيخا من الغد كل واحد منهم اخذ صاعه تحت ردائه فقال هذا صاع
ورثه ابي وورثه ابي عن جدي حتى انتهوا به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجع ابو يوسف عن قوله
واما علماؤنا فقد احتجوا بما روى لنا استاذنا القاضي ابو جعفر الاستروشني عن القاضي
الخليل بن احمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها انها قالت مضت السنة عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم في الاغتسال عن الجنابة بصاع والصاع ثمانية ارطال وفي الوضوء برطلين فدل
نص تفسير الصاع على ما قلنا ودل الوضوء برطلين ايضا عليه لانه ثبت ان النبي عليه السلام كان
يتوضأ بالمد فعلم ان رطلين هو المد والمد ربع الصاع بالاجماع واما ما روي عن ابي يوسف
فوهم لان محمد بن الحسن اعلم بمذهبه وهو لم يذكر رجوعه على ان الامر ان كان كما حكي فهو حجتنا لان
رطلهم ثلاثون استارا ورطل العراق عشرون استارا وخمسة ارطال وثلث رطل كل رطل ثلاثون استارا
ثمانية ارطال كل رطل عشرون استارا انتهى ما في النهاية يقول الفقير وهنا شيء مخالف لقوله عليه السلام
صاعنا اصغر الصيعان لان صاحب النهاية نفسه قال انه تحقيق لان خمسة ارطال وثلث رطل اصغر
بالنسبة الى ثمانية ارطال نعم ولو دفع منوين من بر صح خلافا لمحمد فان عنده لا بد ان يعتبر بالكيل
قال صاحب الاصلاح لمحمد رواية رواها ابن رستم عنه لان الاثار جاءت بالصاع وهو اسم للمكيل
ودفع البر كما كان يشترى به الاشياء فيه افضل وعند ابي يوسف الدراهم افضل من الدقيق
وهو اولى من البر وهو اختيار الفقيه ابي جعفر لانها ادفع للحاجة واعجل بها وعن ابي بكر
الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد عن الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلافا للشافعي

مطلب ان وضوء النبي عليه السلام ربع الصاع

حكاية

كتاب الصوم

كتاب الصوم

قال صاحب العناية ذكر محمد في الجامع الصغير كتاب الصوم عقيب الصلاة لان كلا منهما
عبادة بدنية بخلاف الزكاة واخرها صاحب الهداية عن الزكاة لانه كالوسيلة للصلاة باعتبار
ارتياض النفس ولكن لا على وجه يتوقف عليه امر الصلاة وجوبا او جوازا كما كانت الطهارة
كذلك فاخر عن الزكاة حطا لرتبة الوسيلة وهو الصوم عن المقصود وهو الزكاة ولو قيل قدم
الزكاة على الصوم لان الله تعالى ذكر الزكاة مقارنا بالصلاة في مواضع عديدة من القرآن العظيم
فكان الاقتداء بالكتاب اولى لكان اولى ثم نحتاج ههنا الى تفسير الصوم لغة وشريعة اما لغة
فهو عبارة عن الامساك عن اي شيء كان في اي وقت كان قال الله تعالى حكاية اني نذرت للرحمن صوما
اي امساكا عن الكلام وقال عليه السلام في صوم عاشوراء ومن اكل فليصم بقية يومه اي فليمسك
بقية يومه ويقال صامت الشمس اذا امسكت عن السير وقت الزوال وفي الشريعة هو ترك الاكل
والشرب والوطء من الفجر الى الغروب لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض
من الخيط الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل
يعني الخيط الابيض اول ما يبدو من الفجر الصادق وهو المستطير المنتشر المعترض في
الافق كالخيط الممدود والخيط الاسود ما يمتد معه من غبش الليل اي ظلمة آخر الليل
وهو الفجر المستطيل والكاذب كذنب السرحان شبههما بخيطين ابيض واسود مع نية لان
الاعمال بالنيات من اهله احتراز عن الحائض والنفساء والكافر ونحوها وهو اي الاهل مسلم
احتراز عن الكافر عاقل احتراز عن المجنون طاهر من حيض ونفاس فلا يجوز من الحائض
والنفساء وصوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وقوله عليه السلام في حديث
بني الاسلام وصوم شهر رمضان وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده على مسلم مكلف
فلا يجب على الصبي والمجنون اداء وقضاء تبيانا وصوم المنذور وصوم الكفارة واجب
اما المنذور فلقوله تعالى وليوفوا نذورهم بناء على ان الامر للوجوب فان قيل كان الواجب ان يكون
فرضا لكونه ثابتا بالكتاب كصوم رمضان اجيب بانه قد خص من الآية المنذور الذي
ليس من جنسه واجب شرعا كعيادة المريض وما ليس بمقصود في العبادة كالنذر بالوضوء
لكل صلاة والنذر بالمعصية فلما خصت هذه المواضع بقيت غير قطعية كالآية
المؤولة وخبر الواحد قال صاحب العناية وفيه نظر لان من شرط التخصيص ان يكون
المخصص غير معلوم فضلا عن معرفة كونه مقارنا اولا ولان قوله تعالى كتب عليكم الصيام
وقوله فمن شهد منكم الشهر فليصمه خص منه المجانين والصبيان واصحاب الاعذار ولم ينتف
منه اثبات الفرضية انتهى نظره ثم اجاب من اهل السؤال بجواب آخر ان شئت فراجع
واما وجوب الكفارة فسيأتي في بابها ان شاء الله تعالى ثم اعلم انه قد اضطرب كلام
المؤلفين ههنا فعند صاحب الهداية والوقاية المنذور والكفارة كلاهما واجب وفرض على اختيار
صدر الشريعة حيث قال المنذور ان كان من العبادات المقصودة كالصلاة والصوم والحج ونحوه
فلزومه ثابت بالاجماع فيكون قطعي الثبوت وان كان سند الاجماع ظنيا وهو العام المخصوص
وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم فينبغي ان يكون فرضا وكذا صوم الكفارة لان ثبوته بنص قطعي مؤيد بالاجماع
وقال الفاضل الزيلعي الكفارة فرض والمنذور واجب والى مسلك الزيلعي سلك صاحب الدرر حيث
وهو اما فرض معين كصوم رمضان اداء وقضاء وغير معين كالكفارة واما واجب كالنذر المعين والمطلق انتهى
وغير ذلك نفل وصوم يوم العيدين وايام التشريق وهي ثلاثة فيكون مجموعها خمسة حرام
لرواية عقبة بن عامر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صوم يوم الفطر ويوم النحر
وايام التشريق وقال عليه السلام في الايام المنهية انها ايام اكل وشرب وبعال وهو الملاعبة
اي ملاعبة الرجل اهله ويوم الفطر مامور بافطاره ففي صومه مخالفة الامر وقال الله
الا لا تصوموا هذه الايام وعلى ذلك انعقد الاجماع كذا في الاختيار

ويجوز اداء رمضان والنذر المعين بنية من الليل والى ما قبل نصف النهار وهو الضحوة الكبرى
فان النهار الشرعي من الصبح الى الغروب والضحوة الكبرى منتصفه فوجب ان توجد النية قبلها
لتكون موجودة في اكثر النهار فتوجد في كله حكما وهذا هو الاصح ولهذا قال لا عندها في الاصح
قال صاحب الهداية قال في المختصر ما بينه وبين الزوال لا يصح بنية من الليل الا ما قبل الزوال
لان ما قبل الزوال منتصف نهارا عتبر من طلوع الشمس الى غروبها فعلى هذا يخلو اكثر اليوم
عن النية بخلاف ما قبل الضحوة الكبرى على ما بينا آنفا ويصح اداء رمضان والنذر المعين
بمطلق النية مثل ان يقول نويت ان اصوم ولا يزيد عليه وبنية النفل مثل ان يقول نويت
ان اصوم للنفل لان الفرض متعين في شهر رمضان بقوله عليه السلام اذا انسلخ شعبان
فلا صوم الا رمضان وكذا النذر المعين متعين في ايامه بالنذر فيصاب بمطلق النية كالمتوحد
في الدار يصاب باسم جنسه مثل ان يقول يا حيوان او انسان كما يصاب به بعلمه الخاص
وكذلك يصاب اذا نوى النفل لانه يكون قد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت
الجهة فبقي الاصل وهو كاف وعلى ما قررناه يندفع ما يقال ما ذكرتم يقتضي الاصابة بمطلق
النية دون نية النفل لان المتوحد في الدار ينال باسم جنسه لا باسم غيره فان زيدا لا ينال
باسم عمرو وجه الاندفاع ظاهر ثم انه يشترط في رمضان لكل يوم نية عندنا وقال زفر
يكفي في صوم رمضان نية واحدة ولنا ان صوم كل يوم عبادة على حدة لانه يتخلل بين كل يومين
ليل وهو لا يصلح للصوم بخلاف اعتكاف شهر لانه عبادة واحدة لكون جميع اوقاته صالحا
ويصح صوم رمضان بنية واجب آخر في الصحيح يعني يصح اداء رمضان اذا نوى واجبا آخر فيه لانه
قد نوى اصل الصوم وزيادة جهة كما في النفل وقد لغت الجهة لقوله عليه السلام
اذا انسلخ شعبان فلا صوم الا رمضان فبقي الاصل وهو كاف لا النذر المعين
بل يقع عما نوى يعني اذا نذر صوم يوم معين فنوى في ذلك اليوم واجبا آخر يقع عن ذلك
الواجب سواء كان مسافرا او مقيما صحيحا او مريضا والفرق بين صوم رمضان والنذر
المعين ان تعيين رمضان قوي لحصوله بتعيين الشارع فابطل كل ما عداه وتعيين النذر
المعين ليس بهذه المثابة لحصوله من الناذر فما بطل تعيين اليوم المنذور صلاحيته لما
هو النفل لا لما عليه وهو الواجب الآخر ولو نوى المريض او المسافر فيه اي في رمضان
واجبا آخر وقع عما نوى لانه لما ساغ له الترخص بما يرجع الى مصالح بدنه وهو الافطار
فلما يرجع الى مصالح دينه وهو قضاء ما عليه من الدين اولى لانه يكون قد اشتغل الوقت
بالاهم لتحتمه وتخييره في صوم رمضان الى ادراك العدة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يقع عن رمضان لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور
والنفل كله يجوز بنية قبل نصف النهار سواء كان مسافرا او مقيما خلافا لمالك
فانه يتمسك باطلاق قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم عن عائشة رضي الله عنها
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدخل على نسائه يقول هل عندكن من غداء
فان قلن لا قال اني اذا لصائم وصوم القضاء والنذر المطلق والكفارات
لا يصح الا بنية معينة من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء
صرفا لذلك اليوم من صلاحية النفل ويثبت رمضان برؤية هلاله
او بعد شعبان ثلاثين يوما قيل ينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع
والعشرين من شعبان لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما قال عليه الصلاة والسلام
الشهر هكذا وهكذا وهكذا واشار باصبعه وخنس ابهامه في الثالثة هو
فان رأوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان ثلاثين ثم صاموا لقوله عليه السلام
صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما
ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد

يقول

ولا يصام يوم الشك الا تطوعا يوم الشك هو اليوم الذي يحتمل ان يكون آخر شعبان واول رمضان
لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه
سنبين تفصيلها عن قريب وهذا صومه احب ان وافق صوما يعتاده المراد بالموافقة ان يعتاد
صومه يوم الخميس او الاثنين او يصوم عشرة من آخره او ثلاثة او يصوم كل الشهر ثم انه اختلف
العلماء في يوم الشك هل صومه افضل ام الفطر قالوا ان كان يصوم شعبان او وافق صوما
كان يصومه فصومه افضل وان لم يكن كذلك قال محمد بن سلمة الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي
وقال نصير بن يحيى الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه
والمختار ان يصوم المفتي بنفسه احتياطا عن وقوع الفطر في رمضان ويفتي العامة بالتلوم
اي بالانتظار الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا لتهمة الروافض لانهم قالوا يجب ان يصام يوم
الشك ذكر في الفوائد الظهيرية انه لا خلاف بين اهل السنة والجماعة انه لا يصام يوم الشك
عن رمضان وقالت الروافض يجب ان يصام يوم الشك عن رمضان وقيل معناه لو افتى العامة
باداء النفل عسى ان يقع عندهم انه خالف رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن صوم يوم
الشك وهو اطلقه فيفتيهم بالافطار بعد التلوم متفيا لهذا النهي وعن هذا قال
والا ان لم يوافق صوما يعتاده فيصوم الخواص ويفطر غيرهم بعد نصف النهار
ذكر فخر الاسلام في هذا حكاية ابي يوسف رحمه الله تعالى وهي ما روي ان اسد بن عمرو انه قال اتيت
باب الرشيد فاقبل ابو يوسف القاضي وعليه عمامة سوداء ومضربة سوداء وراكب على فرس اسود
وعليه سرج اسود ولبد اسود وما عليه شيء من البياض الا لحيته البيضاء وهو يوم شك
فافتى الناس بالفطر فقلت له امفطر انت قال ادن الي فقال في اذني اني صائم وانما
يفتي بالفطر بعد التلوم زمانا لما روي عن النبي عليه السلام انه قال اصبحوا يوم الشك مفطرين
متلومين كذا في النهاية وكره صومه عن رمضان وعن واجب آخر شروع في وجوه مسئلة صوم
يوم الشك التي قلت آنفا سيأتي تفصيلها يعني كره ان يصوم يوم الشك ناويا انه من رمضان
او من واجب آخر لما روينا من قوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه الحديث
وكذا يكره ان نوى ان كان من رمضان فعنه والا فعن نفل او عن واجب آخر
اما الكراهة في صورة ترديده بين رمضان ونفل فلانه ناو للفرض من وجه فيكره للحديث المذكور
واما في صورة ترديده بين رمضان وواجب آخر فلترديده بين امرين مكروهين للحديث المذكور ايضا
وصح في الكل عن رمضان ان ثبت اما في الصورة الاولى وهي ان ينوي صوم رمضان قطعا فلانه
شهد الشهر وصامه واما الصورة الثانية وهو ان ينوي عن واجب آخر قطعا فلوجود
اصل النية وعدم ترديده فيه واما في الصورة الثالثة وهي الترديد بين رمضان وواجب آخر
فلهذه العلة ايضا والا اي وان لم يثبت رمضان فان نوى ان جزم اي في صورة ان ينوي
صوم رمضان قطعا او ينوي واجبا آخر قطعا بعزله الفقير وقع في عامة الكتب انه ان نوى
رمضان قطعا فان ظهر رمضانيته يجزيه والا كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون
وان نوى عن واجب آخر قطعا فان ظهر رمضانيته يجزيه ايضا لوجود اصل النية وان لم يظهر فقد
قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل يجزيه عن الواجب الآخر الذي نواه
وهو الاصح اذا تقرر هذا فاعلم ان قول المص والا فان نوى ان جزم لا يصح على اطلاقه ويكون مخالفا لعامة الكتب
لعل ما وقع المص في هذه الورطة ان صاحب الوقاية لم يذكر صورة نية صوم رمضان قطعا بل قال ولو صام
لواجب كره ويقع عنه في الاصح ان لم يظهر رمضانيته فظن المص ان مراده بالواجب ما يعم صوم رمضان ولم
يتفطن ان المراد منه واجب آخر تدبر ونقل ان ردد اي في صورة ان ينوي ان كان من رمضان فعنه
والا فعن نفل او واجب آخر اما في الصورة الاولى فلان النفل يتادى باصل النية ولو افطر لا قضاء عليه
لانه لم يوجب الالتزام من كل وجه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه واما في الصورة الثانية
فلعدم اجزائه عن الواجب الذي نواه لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا
غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان قال ان كان رمضان فانا صائم عنه والا فلا اصوم

مطلب في دخل عبارة المص بالنقل

لا يصح ولو نية ... رمضانية ولا يصير صائما لانه لم يجزم ... كما اذا نوى انه ان وجد غداء يفطر وان لم يجد يصوم ... لم يقطع النية

واذا كان بالسماء علة كغيم وغبار قبل في هلال رمضان خبر عدل ولو عبدا او انثى
او محدودا في قذف تاب لانه امر ديني وهو وجوب الصوم على الناس فاشبه رواية الاخبار
عن النبي عليه السلام فيقبل خبره اذا لم يكذبه الظاهر وكان الشافعي في احد قوليه يشترط المثنى
والحجة عليه ما ذكرنا من انه امر ديني وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في رؤية
هلال رمضان قال ابن عباس رضي الله عنهما جاء اعرابي الى النبي عليه السلام فقال اني رايت الهلال
يعني هلال رمضان فقال اتشهد ان لا اله الا الله فقال نعم فقال يا بلال اذن في الناس ليصوموا
وانما اشترط العدالة لان الفاسق في الديانات غير مقبول وقبل خبر المحدود في القذف
بعد ما تاب في الرواية لانه خبر وليس بشهادة وخبره مقبول فان اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم كانوا يقبلون اخبار ابي بكرة رضي بعد ما اقيم عليه حد القذف وعن ابي حنيفة
ان خبر المحدود في القذف بعد ما تاب لا يقبل لانه شهادة من وجه من حيث انه وجب
العمل به انما كان بعد قضاء القاضي ومن حيث اختصاصه بمجلس القضاء ومن حيث
اشتراط العدالة ويقبل شهادة الواحد على الواحد في هلال رمضان ولا يشترط
لفظ الشهادة لانه ليس بشهادة بل هو خبر واحد وقبل في هلال الفطر وهلال
ذي الحجة شهادة حرين او حر وحرتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر والتوسع
بلحوم الاضاحي فيثبت بما يثبت به سائر حقوقهم ويكون الاضحى كالفطر في ظاهر الرواية
وروي عن ابي حنيفة انه كهلال رمضان يثبت بخبر الواحد العدل لانه يتعلق به امر ديني وهو
ظهور وقت الحج بشرط العدالة والحرية لما فيه من الالزام ويشترط لفظ الشهادة
لانه اذا تعلق به نفع العبد وهو الفطر والتوسع بلحوم الاضاحي اشبه سائر الحقوق
فيشترط لفظ الشهادة لا الدعوى لانه كعتق الامة وطلاق الحرة ولا تقبل فيه شهادة
محدود في القذف تاب لكونه شهادة وان لم يكن بالسماء علة فلا بد في الكل اي في هلال رمضان والفطر
والاضحى من جمع عظيم يقع العلم بخبرهم لان المطالع متحدة والموانع مرتفعة والابصار صحيحة
والهمم في طلب الرؤية متقاربة فالتفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه
حتى يكون جمعا كثيرا وروي ان رجلا قال لعمر رضي الله عنه رايت الهلال فامره ان يمسح حاجبه
بالماء ثم قال اين الهلال فقال فقدته فقال شعرة قامت من حاجبك فحسبتها هلالا
بخلاف ما اذا كان في السماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع الهلال فيتفق للبعض
الرؤية دون البعض ثم قيل في حد الكثرة اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا
بالقسامة وعن محمد حتى يتواتر الخبر من كل جانب والصحيح ان هذا مفوض الى راي
الامام من غير تقدير وفي رواية عن ابي حنيفة يكتفي باثنين اعتبارا بسائر الحقوق
وقال الطحاوي يكتفي بواحد ان جاء من خارج البلد او كان على مكان مرتفع لعدم
الموانع قال صاحب النهاية والعناية ولا فرق في عدم القبول اذا لم يكن بالسماء علة
بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر لكن ذكر الطحاوي انه يقبل شهادة الواحد هنا
اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع والى ما ذكره الطحاوي اشار في كتاب الاستحسان ولفظه
فان كان الذي يشهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته وجه الاشارة
ان التقييد في الرواية يدل على نفي ما عداه فكان تخصيصه بالمصر ونفي العلة في عدم قبول
الشهادة دليلا على قبولها اذا كان الشاهد من خارج المصر او كان في السماء علة وذكر
في الاستحسان بعد هذا وهكذا ذكر الطحاوي في كتابه لانه قد يتفق من الرؤية في الصحاري
ما لا يتفق في الامصار لما فيها من كثرة الغبار وكذا اذا كان في المصر على موضع مرتفع فقد
يتفق له من الرؤية ما لا يتفق لمن هو في الموقف انتهى ولو صاموا ثلاثين ولم يروا هلال الفطر
ان صاموا بشهادة اثنين لوجود نصاب الشهادة وان صاموا بشهادة واحد لا يحل لان
الفطر لا يثبت بقول واحد وعن محمد انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد
وان كان لا يثبت بها ابتداء لان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت ابتداء كبيع الطريق

يقول الفقير غاية المسئلتين انه اذا كان بالسماء علة فشهد برؤية هلال رمضان واحد وقضى واثنين بعد يوما
ولم يروه لم يحل لهم الفطر وان شهد رجلان فصاموا ثلاثين يوما ولم يروه حل لهم الفطر مطلقا لانه اذا لم يكن
بالسماء علة يلزم الجمع الكثير ولم يقبل خبر واحد او اثنين على رواية اخرى عن ابي حنيفة كما ذكرنا آنفا تدبر
ومن راى هلال رمضان او الفطر ورد قوله صام ارتفع الاول والآخر اما الاول فلقوله عليه السلام صوموا
لرؤيته وافطروا لرؤيته وقد راه ظاهرا واما الثاني فالاحتياط فيه ان يصوم ولا يفطر الا مع الناس
لقوله عليه السلام صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون قال صاحب الاصلاح عبارة الهداية
صريحة في وجوب الصوم عليه حيث قال في الاول لان الوجوب عليه للاحتياط قال في البدائع وجوب الصوم
عليه فان المحققين من مشايخنا قالوا لا رواية في وجوب الصوم عليه وانما الرواية انه يصوم وهو محمول
على الندب احتياطا انتهى وان افطر قضى فقط بلا كفارة لان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو
تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات لان جهة العقوبة فيها راجحة ولهذا
يجري فيها التداخل قال في التلويح ولو افطر في رمضانين لم يلزمه الا كفارة واحدة وكذا في رمضان
عند اكثر المشايخ وقال الشافعي عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لما انه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه
وحكما لوجوب الصوم عليه كذا في الهداية قيد بالوقاع تحقيقا للخلاف لان الكفارة لا تجب عند
الشافعي بغير الوقاع وللشافعي انه رمضان متعين في حقه وشك غيره لا يبطل بيقينه ولنا انه راى ما
يحتمل ان يكون خيالا لا هلالا فلا يكون متيقنا في حقه مع ان رد القاضي شهادته حكم منه انه ليس
وهذه شبهة مانعة عن وجوب الكفارة ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه
والاصح وجوب الكفارة والصحيح انه لا تجب الكفارة كذا في فتاوى قاضيخان ويجب على الناس التماس
الهلال في التاسع والعشرين من شعبان ومن رمضان لان شهر رمضان قد يجيء كسائر الشهور تسعة وعشرين
قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما صمنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم رمضان تسعة وعشرين
اكثر مما صمنا ثلاثين يوما وما في الموضعين مصدرية فمعناه صومنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
رمضان تسعة وعشرين يوما اكثر من صومنا ثلاثين يوما وهكذا روي عن عائشة رضي الله عنها
كذا في النهاية نقلا عن المبسوط يقول الفقير وقعت في زماننا واقعة وهي انه كان في سيواس
من اولاد الشيخ برهان الوفائي يقال له ولي شيخ واسمه السيد محمد فقال يوما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
صام في عصره الشريف رمضان تسعة وعشرين يوما مرات فبلغ قوله هذا الى القاضي
بسيواس في تاريخه فغضب القاضي عليه وقال كفر هنا بانكاره فرضية يوم صوم فعزم
ان يأتي به ويقتله ويعزله عن جهاته التي في يده فلما سمع هذا غضب القاضي وعزمه عليه
حمل نسخة النهاية التي عنده وجاء الى القاضي والزمه فلما راى القاضي نقله وعلمه اكرمه غاية
رحمة الله عليه وعلى القاضي واذا ثبت رمضان في موضع لزم جميع الناس ولا اعتبار باختلاف
المطالع حتى قالوا لو راى اهل المغرب هلال رمضان يجب برؤيتهم على اهل المشرق وعليه فتوى
الفقيه ابي الليث وهكذا ذكره قاضيخان في فتاواه وقال هو ظاهر الرواية ونقل عن شمس الائمة الحلواني
وقيل يختلف باختلاف المطالع قال صاحب الاختيار وذكر في الفتاوى الحسامية اذا صام
اهل مصر ثلاثين يوما برؤية واهل مصر آخر تسعة وعشرين يوما برؤية فعليهم قضاء يوم ان كان
المصران قريبين بحيث لا تختلف المطالع وان كان بعيدا بحيث تختلف لا يلزم احد المصرين حكم الآخر
وذكر في المنتقى عن ابي يوسف يجب عليهم قضاء يوم من غير تفصيل وعن عائشة رضي الله عنها فطر
كل بلدة يوم يفطر جماعتهم واضحى كل بلدة يوم يضحي جماعتهم انتهى قال صاحب البيانية وقيل الاخذ
برواية عدم اختلاف المطالع لما روى الترمذي في جامعه ان رجلا قدم من الشام الى المدينة فسأله ابن عباس
عن رؤية الهلال فقال رايتم الهلال فقال رايناه يوم ليلة الجمعة فقال ابن عباس لكنا رايناه ليلة السبت قال رآه الناس
وصاموا وصام معاوية فقال ابن عباس لكن رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما او نراه
قال الرجل الا يكتفى برؤية معاوية وصيامه قال هكذا امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم والعمل على هذا الحديث
عند اهل العلم ان لكل بلد رؤيتهم ثم اعلم انه لا يعتبر في هلال رمضان قول المنجمين ومن قال يرجع فيه الى قولهم
لانه روي عن النبي عليه السلام انه قال من اتى كاهنا او منجما فصدقه بما قال فقد كفر بما انزل على محمد انتهى

باب موجب الفساد

لما فرغ عن بيان انواع الصوم وتقسيمه شرع في بيان ما يجب عند ابطاله لانه امر عارض على الصوم فناسب ان يذكر
اعلم ان الافعال الصادرة من الصائم فيما يتعلق بهذا الباب ثلاثة اقسام الاول ما يوجب الفساد
وليس بمفسد والثاني ما يفسده ولا يوجب الكفارة ولهذا قال يجب القضاء والكفارة
ككفارة الظهار وهي اعتاق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا لحديث الاعرابي رضي الله عنه فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال عليه السلام
ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا في احد السبيلين فقال عليه السلام
اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني
الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا الحديث فدل على ان كفارته ككفارة الظهار
على من جامع او جومع في نهار رمضان عمدا في احد السبيلين اما وجوب القضاء فلاستدراك
مصلحة الفائتة فان الحكيم امر باداء العبادة في هذا اليوم وامره لا يخلو عن حكمة ومصلحة
فاذا فوته في هذا اليوم يقضيه لتدارك الحكمة والمصلحة ولان القضاء لما وجب على المعذور
وهو المريض والمسافر فعلى غير المعذور اولى وقال الاوزاعي لا يجب القضاء واما الكفارة
فلتكامل الجناية بايلاج الفرج في الفرج ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال
وقال سليمان الاعمش لا قضاء عليه ولا كفارة ولا اغتسال ما لم ينزل وعامة العلماء احتجوا
بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب
الغسل انزل او لم ينزل ولانه وجد الجماع صورة ومعنى وهو ادخال الفرج في الفرج وقضاء
الشهوة الا انه عدم الشبع وذلك ليس بشرط كمن اكل لقمة فانه يجب عليه الكفارة
ولم يوجد الشبع ولو جامع او جومع في الموضع المكروه نص ابو حنيفة في وجوب الكفارة
روايتان وفي رواية الحسن لا كفارة عليه اعتبارا بالحد عنده فانه لم يجعل هذا الفعل جناية كاملة
في ايجاب العقوبة التي تندرئ بالشبهات كالحد وفي رواية ابي يوسف عنه ان عليها الكفارة
وهو الاصح لانها جناية كاملة لقضاء الشهوة وانما لم يوجب ابو حنيفة الحد لنقصانها في معنى الزنا
من حيث انه لا يحصل به افساد الفراش ولا معتبر به في ايجاب الكفارة ولا يلزم من انتفاء
ما هو عقوبة كاملة انتفاء ما فيه من العقوبة وهو الكفارة او اكل او شرب عمدا
غذاء او دواء فانه يجب عليه ايضا القضاء والكفارة اما القضاء فلاستدراك المصلحة
الفائتة واما الكفارة فلانها تعلقت بجناية الافطار في نهار رمضان على وجه الكمال
وهو الافطار صورة وهو ايصال شيء الى الجوف عمدا ومعنى بقضاء الشهوة لما روى ابو هريرة
رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر
ولم يبين سبب المفطر ولما روي ان رجلا قال يا رسول الله افطرت في رمضان
فقال عليه السلام من غير مرض ولا سفر قال نعم فقال اعتق رقبة ولم يسأله عما افطر
فدل على ان الحكم لا يختلف الا ترى انه سأله عن حالة المرض والسفر لاختلاف
حكم الحال والجناية بالافطار على وجه الكمال قد تحققت فيجب الكفارة
وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع
الذنب بالتوبة بيانه ان اعرابيا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تائبا نادما
على ما روينا آنفا والتوبة رافعة للذنب بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام
التائب من الذنب كمن لا ذنب له ومع ذلك اوجب النبي عليه السلام عليه الكفارة
فعلم انها ثبتت على خلاف القياس وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره
قلنا لا نسلم ان هذه الجناية ترتفع بالتوبة فان الشرع لما اوجب الاعتاق كفارة
لهذه الجناية علمنا ان مجرد التوبة غير مكفرة لهذه الجناية كجناية السرقة والزنا حيث
لا ترتفعان بمجرد التوبة بل بالحد وقوله غذاء او دواء احتراز عن مثل التراب والحجر
وكذا لو احتجم او اغتاب فظن انه فطره فاكل عمدا حيث يجب عليه القضاء والكفارة

لان الظن ما استند الى دليل شرعي فان الحجامة كالفصد في خروج الدم من العروق
والفصد لا يفسده فكذا الحجامة وذلك لان افساد ركن الصوم اما بوصول شيء الى
باطنه او بقضاء الشهوة ولم يوجد منهما شيء لا صورة ولا معنى في الاحتجام والاغتياب
وحكم الاستقاء ثابت بالنص بخلاف القياس وكذا فساد الصوم بالحيض والنفاس مخالف
للقياس وهذا الشيخ معناه الا انهما يوجبان الغسل وهذا الا اذا افتاه فقيه بالفساد
لان الفتوى دليل شرعي في حقه قال الامام المحبوبي ويشترط ان يكون المفتي ممن يؤخذ
منه الفقه ويعتمد على فتواه بالبلدة ولا معتبر بغيره هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة وابن رستم عن محمد
وبشر بن الوليد عن ابي يوسف وان بلغه الحديث وهو قوله عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم
وقوله عليه السلام الغيبة تفطر الصائم اي تذهب ثوابه وقوله عليه الصلاة والسلام
ثلاث يفطرن الصائم وينقضن الوضوء ويهدمن العمل الغيبة والنميمة والنظر الى
محاسن المرأة والذي اعتمده يسقط عنه القضاء والكفارة ايضا لان قول الرسول عليه السلام
لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء
لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله ومع ذلك اكل بظنه انه فطره
يجب الكفارة لانتفاء الشبهة ولا كفارة بافساد صوم غير رمضان لانه لم يهتك حرمة
الشهر فلا يكون في معنى حديث الاعرابي فلا يلحق به ويجب القضاء فقط لا الكفارة
لو افطر خطأ بان كان ذاكرا للصوم غير قاصد للشرب فتمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه
فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي فانه يعتبره بالناسي فان الناسي قاصد للشرب
دون الخاطئ فاذا كان فعل القاصد عفوا ففعل غير القاصد اولى ولنا انه لا يغلب
وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق بخلاف غيره فيفترقان
كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة فان المقيد اذا صلى قاعدا بعذر القيد قضى بخلاف المريض
او مكرها فانه يقضي ايضا فقط لانه ليس من قبل صاحب الحق والنسيان من قبل من له الحق فيفترقان
فيه بخلاف الشافعي او احتقن على البناء للفاعل يعني استعمل الدواء بالحقنة واحتقن على البناء
للمفعول غير جائز كذا في المغرب او استعط على البناء للفاعل ايضا اي صب السعوط في انفه وهو
الدواء الذي يصب في الانف واستعط على البناء للمفعول غير جائز ايضا كذا في المغرب
او اقطر في اذنيه قال صاحب النهاية هنا على بناء المفعول كذا وجدته بخط شيخي فانه يقضي
لقوله عليه السلام الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن
الى الجوف ولا كفارة لانعدام الصورة وهو الابتلاع ولو اقطر في اذنه الماء او دخله
لا يفسد صومه لانعدام المعنى وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف وانعدام الصورة
على ما سيأتي ان شاء الله تعالى بخلاف ما اذا دخل الدهن او داوى جائفة اي جراحة بلغت
الجوف او آمة اي جراحة وصلت الى ام الدماغ فوصل الدواء الى جوفه او دماغه اعلم ان
الدواء اذا كان رطبا فيه اختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه واذا كان يابسا لا يفسد صومه بالاجماع هذا
هو ظاهر الرواية واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى اذا علم ان اليابس وصل الى جوفه فسد الصوم
وان علم ان الرطب لم يصل لا يفسد فلا فرق بين الرطب واليابس اذا وصلا الى الجوف فطر واذا لم يصلا
الى الجوف لم يفطر قال صاحب النهاية قال شيخ الاسلام هاهنا سبع مسائل الوجوب وهو ادخال
الدواء في الفم والسعوط والاقطار في الاذن والاقطار في الاحليل والحقنة والجائفة والآمة
اما الوجوب والسعوط والاقطار فيفسد للصوم لوجود الاكل معنى لانه وصل الغذاء الى الجوف وهو
فاكل صورة قولنا وصل الغذاء لان الدواء مصلح للبدن كالطعام وقولنا الى الجوف لان جوف
الرأس والغذاء كما يحصل بوصول الغذاء الى جوف البطن يحصل بوصول الغذاء الى جوف الرأس
لان ما وصل الى جوف الرأس يصل الى جوف البطن وهذا تثبت حرمة الرضاع بالسعوط والاقطار
في الاذن وكذا الجواب في الحقنة الا انه لا تثبت بها حرمة الرضاع لان حرمة الرضاع انما تثبت بما يتصل به
قال صلى الله عليه وسلم انما الرضاع من المجاعة والحقنة بالاتصاف التغذي فلا تثبت بالاحتقان

التغذي
حالة الفرقة وهو قول ابراهيم النخعي
وقال مجاهد والشعبي يكره انتهى

او ابتلع حصاة او حديدا لوجود صورة الفطر وهو الابتلاع ولا كفارة عليه لعدم المعنى
وهو اصلاح البدن وقال بعض من لا يعتمد على قوله ابتلاع الحصاة او الحديد لا يفطر لان حصول الفطر
بما يكون به اقتضاء الشهوة وهو غير موجود فيه لكنا نقول ركن الصوم الكف عن ايصال الشيء الى
الباطن وقد انعدم ذلك بتناول الحصاة وقال مالك يجب عليه الكفارة لانه مفطر غير معذور
وكل من هو كذلك تجب الكفارة عليه او استقاء بالمد استفعل من قاء يقال قاء اذا اكل
اذا القاه واستقاء وتقيأ تكلف في القيء ملأ فيه وهو ان ينضبط بتكلف حتى انه لو لم يتكلف
لخرج وقيل ان يمنعه من الكلام على ما مر في نواقض الوضوء ولزم القضاء فيه لقوله عليه السلام
من استقاء عمدا فعليه القضاء والقياس يقتضي ان لا يفسد صومه كما اذا ذرعه القيء لانه
لم يوجد الاكل صورة ولا معنى مع ان الفطر بالدخول لا بالخروج حتى لا يفسد بالبول ونحوه
لكن تركناه بهذا الحديث ولا كفارة عليه لعدم الصورة او تسحر ظنه ليلا والفجر طالع او فطر
بظن الغروب ولم تغرب الشمس اما فساد صومه فلانتفاء ركنه بغلط يمكن الاحتراز عنه في الجملة
بخلاف النسيان ويلزمه امساك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن ونفيا للتهمة فانه
اذا اكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهم واجب بالحديث واما القضاء
فلانه حق مضمون بالمثل شرعا فاذا فوته قضاه كالمريض والمسافر واما عدم الكفارة فلان
الجناية قاصرة لعدم القصد ويعضده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان جالسا مع حكاية
اصحابه في ساحة مسجد الكوفة عند الغروب في شهر رمضان فاتي بقدح من لبن فشرب منه
هو واصحابه فامر المؤذن ان يؤذن فطار قى المؤذن المئذنة فرأى الشمس لم تغب فقال الشمس
يا امير المؤمنين فقال بعثناك داعيا ولم نبعثك راعيا ما تجانفنا لاثم فقضاء يوم علينا يسير
وفيه دلالة على لزوم القضاء وعدم الاثم وان جعلت الموضع موضع بيان ما يجب
شرعا دل على عدم لزوم الكفارة ايضا لان السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان
وانما قال عمر رضي الله عنه ولم نبعثك راعيا لاساءة المؤذن في الادب لان من حقه ان يجيء ويخبر في النداء
من المئذنة كما اساء منه في الادب فرد عليه بقوله لم نبعثك راعيا والجنف الميل ومعنى
ما تجانفنا لاثم اي لم نمل الى اثم وما تعمدنا في هذا ان نكتسب معصية كذا في النهاية
فان قيل بان تطلق العبارة هو ما يكون ظانا فما حكم الشك في ذلك فالجواب انه اذا
شك في طلوع الفجر وتسحر لا يجب عليه الكفارة واذا شك في غروب الشمس فافطر يجب الكفارة
على سبيل التعدي لانه كان متيقنا بالنهار شاكا بالليل واليقين لا يزول بالشك وفي طلوع الفجر
بالعكس او اكل ناسيا فظن انه افطر فاكل عمدا فانه يقضي ولا يجب عليه الكفارة لان
الاشتباه استند الى القياس لان القياس الصحيح يقتضي ان لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه
بالاكل ناسيا فاذا اكل بعد عامدا لم يلاق فعله الصوم فلا يجب عليه الكفارة لتحقق الشبهة
المسقطة للكفارة او صب في حلقه ماء نائما فانه يقضي ولا كفارة عليه وقال زفر والشافعي
لا يجب عليه القضاء لانعدام القصد منه فكان كالناسي ولنا ان مفسد الصوم وجد فوجب
وحكم الناسي ثبت على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره وانعدام القصد منه اثر في عدم الكفارة
فقط او جومعت المرأة نائمة وفيه خلاف زفر والشافعي ايضا لان صومها باق لانعدام القصد
ولنا الدليل المذكور او مجنونة بان نوت الصوم ليلا ثم جنت في النهار وهي صائمة فجامعها رجل
تقضي ولا يجب عليها الكفارة قال صاحب الدرر وان لم ينقل هذه المسئلة بما قلنا فكيف
يكون صائمة وهي مجنونة قال صاحب النهاية والعناية حكي عن ابي سليمان الجوزجاني رحمه الله قال
لما قرأت على محمد هذه المسئلة قلت له كيف تكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فانه
انتشر في الافاق ومن المشايخ من قال كان في الاصل وهي مجبورة فظن الكاتب انه مجنونة
ولهذا قال دع هذا فانه انتشر في الافاق وعن عيسى بن ابان رحمه الله قال الصحيح هو المجنونة
قال لا بل هي المجبورة اي المكرهة فقلت الا تجعلها مجبورة قال بلى ثم قال
كيف وقد سارت بها الركبان في الافاق ٥

او لم ينو في رمضان صوما ولا فطرا قال صاحب النهاية وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير
ثم لا بد لنا من التأويل في هذه المسئلة لما ان دلالة حال المسلم كافية لوجود النية كالمغمى عليه في رمضان
يجعل صائما بيوم اغمي عليه لم يعرف منه نية الصوم ولا الفطر لما انا حملنا امره على النية لان ظاهر
حال المسلم عدم الخلو عن النية فاولوا هذه المسئلة بان يكون مريضا او مسافرا او متهتكا
اعتاد الاكل في رمضان فلم يصح حاله دليلا على نية الصوم عليه قال صاحب العناية بعد نقل
هذا الكلام عن صاحب النهاية واري انها ليست بمحتاجة الى التأويل لان حال المسلم
دليل وان لم يعرف منه كما في المغمى عليه والغرض في هذه المسئلة العلم بانه لم ينو شيئا باخباره
بذلك والدلالة انما تعتبر اذا لم يخالف التصريح وقال زفر يكون صائما ولا قضاء عليه
لان صوم رمضان يتأدى بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي
وجه اداه يقع عليه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير وهكذا روي عن عطاء وانكر
الكرخي ان يكون هذا مذهبا لزفر وقال المذهب عنده ان صوم الشهر يتأدى بنية واحدة
كما هو قول مالك وقال ابو اليسر هذا قول لزفر في صغره ثم رجع عنه وكذا لو اصبح
غير ناو للصوم فاكل فانه يجب القضاء فيه ولا كفارة عليه عند ابي حنيفة سواء كان قبل الزوال
او بعده وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده فصار كما لو نوى ثم اكل
وعندهما تجب الكفارة ايضا يعني قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال
تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل اي بالاكل قبل الزوال صار مفوتا للصوم الذي يحصل
بنية قبل الزوال ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم
الا بالنية يقول الفقير بين المصنف قول الامامين مطلقا حيث قال وعندهما تجب
الكفارة وليس المسئلة مطلقة في الحقيقة عندهما بل مقيدة بما اذا اكل قبل الزوال على
ما صرح صاحب الهداية وشرحه ولهذا قيدناها حيث قلنا قال ابو يوسف ومحمد اذا اكل
قبل الزوال تجب الكفارة ولو اكل او شرب او جامع ناسيا لا يفطر استحسانا
والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم ووجود مضاد الشيء معدم له
لاستحالة اجتماع الضدين معا فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وجه الاستحسان قوله صلى الله
عليه وسلم للذي اكل وشرب ناسيا دم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك قيل هذا
الحديث معارض بالكتاب وهو قوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل فان الصيام امساك
وقد فات فالاية تدل على بطلان الصوم لان انتفاء جزء الشيء يستلزم انتفاءه لا محالة
والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب ترك الحديث في الاية واجيب بان في الكتاب ما يدل
على ان النسيان معفو وهو قوله تعالى ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا فكان الحديث موافقا
للكتاب فيعمل به ويحمل قوله تعالى ثم اتموا الصيام على حالة العمد لان لا اثم على الخطأ
فيكون ضمن العزيمة لكن ذلك ولان فيه عملا بكتاب الله تعالى فان اعتباره يؤدي الى الحرج
قال الله تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج فان قيل سلمنا ذلك لكن النص ورد في الاكل و
الشرب على خلاف القياس فكيف تعدى الى الجماع اجيب بانه اذا ثبت هذا في الاكل و
الشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية يعني ثبت بالدلالة لا بالقياس لان كلا منهما نظير
الاخر في كون الكف عن كل منهما ركنا في الصوم والقياس على الكلام ناسيا في الصلاة
فاسد لان هيئة الصلاة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق
بين الفرض والنفل في النسيان وقال ابن ابي ليلى ومحمد بن مقاتل الرازي في الفرض يقضي
وفي النفل لا يقضي وكذا لو نام فاحتلم فانه لا يفطر لقوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن
الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معنى اما الاول فلعدم
الايلاج في الفرج واما الثاني فلعدم الانزال عن شهوة بالمباشرة اعني بمس الرجل المرأة
او انزل بنظر لما بيناه انه لم يوجد الجماع صورة ولا معنى وصار كالمتفكر في امرأة حسناء اذا امنى
كالمستمني بالكف يعني اذا عالج ذكره بيده حتى امنى لم يفطر على قول ابي بكر الاسكاف وابي القاسم لعدم الجماع

صورة ومعنى وعامة المشايخ على انه يفسد صومه ١٣

قال صاحب الهداية في التجنيس الصائم اذا عالج ذكره بيده حتى انزل يجب عليه القضاء وهو المختار ثم قالوا هل يحل له ان يفعل ذلك ان اراد
الشهوة لا يحل لقوله عليه السلام ناكح اليد ملعون واما اذا اراد تسكين ما به من الشهوة ارجو ان لا يكون عليه وبال ٢

مطلب

اوادهن لم يفطر لعدم المنافي او اكتحل وان وجد طعمه في حلقه لانه ليس بين العين والدماغ منفذ
وما وجده في حلقه من طعمه انما هو اثره لا عينه فان قيل الولد يكون بينهما منفذ لما خرج دمع
اجيب بان الدمع ترشح كالعروق او قبل او نام يفطر او نام او اقبل لم يفطر لعدم المنافي صورة ومعنى
او اغتاب لعدم المنافي صورة ومعنى وقوله عليه السلام الغيبة تفطر الصائم مؤول
بالاجماع بان المراد ذهاب الصواب او احتجم لعدم المنافي ولما روينا آنفا من قوله عليه السلام
ثلث لا يفطرن الصائم القي والحجامة والاحتلام وقوله عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم
قيل الصحيح انه غشي على المحجوم فصب الحاجم الماء في حلقه فقال عليه السلام افطر الحاجم والمحجوم
اي فطرهما صنعه فوقع عند الراوي انه قال افطر الحاجم والمحجوم كذا في النهاية او غلبه القي
لما روينا من قوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ويستوي فيه ملء الفم وما دونه
او تقيا قليلا او قليلا وان تكلف في القي لكن لم يبلغ ملء الفم لانه غير خارج حكما حتى لم يجعل جنبا
فلم يجعل فطرا وعند محمد عليه القضاء لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام من استقاء
فعليه القضاء من غير فصل بين القليل والكثير او اصبح جنبا لما روت عائشة رضي الله عنها ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح جنبا من غير احتلام وهو صائم ولان الله تعالى اباح
المباشرة في جميع الليل بقوله تعالى فالآن باشروهن ومن ضروريته وقوع الغسل بعد الصبح
او صب في اذنه ماء لانعدام المعنى والصورة على ما سبق وكذا لو في احليله دهنا او غيره
لا يفسد عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف فكانه وقع عند ابي يوسف ان بينه
وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج منه البول ووقع عند ابي حنيفة رحمه الله ان المثانة بينهما حائل
والبول يترشح منه وقول محمد ههنا مضطرب ذكر قوله في الاصل مع ابي حنيفة رحمه الله
وذكر الطحاوي في مختصره مع ابي يوسف وقال ابو سليمان الجوزجاني في الاصل بعدما ذكر
قول محمد مع ابي حنيفة رحمه الله ثم ان محمدا شك بعد ذلك فوقف وانما توقف محمد لانه شك في وجود
المنفذ من الاحليل الى الجوف كذا في العناية ثم انهم تكلموا في الاقطار في اقبال النساء
فقيل هو على هذا الاختلاف وقيل يفسد في الحقنة فيفسد الصوم بلا خلاف قيل هو الاصح
وان دخل حلقه غبار او دخان او ذباب وهو ذاكر للصوم لا يفطر وفي القياس يفسد
لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع
الامتناع عنه فان الصائم لا يجد بدا من ان يفتح فمه فيتحدث مع الناس ولا يمكن التحرز عنه
فهو معفو يقول الفقير يفهم من هذه المسئلة ودليلها انه اذا دخل حلقه غبار او دخان
او ذبابا يفطر فعلم من هذا ان رجلا اذا شرب دخان التبغ الذي حدث في زماننا
وابتلي العامة بشربه في نهار رمضان يفسد صومه لانهم فرقوا بين الدخول والادخال
في مواضع عديدة قال صاحب النهاية اذا دخل الذباب جوفه لا يفسد صومه لانه لم يوجد
ما هو ضد الصوم وهو ادخال الشيء من الخارج الى الباطن تشبع بجذ ولو دخل حلقه
مطر او ثلج افطر في الاصح قال صاحب الهداية واختلفوا في المطر والثلج قال صاحب
العناية فقال بعضهم المطر يفسد والثلج لا يفسد وقال بعضهم على العكس وقال عامتهم
بافسادهما وهو الصحيح لحصول المفطر معنى ولامكان الاحتراز عنه اذا اواه خيمة او سقف
قال مولانا الفاضل سعدي افندي قال ابن العز في تعليله نظر فانه قد لا يكون عنده خيمة ولا سقف
ولو علل بامكان الاحتراز عنه بضم فمه لكان اظهر انتهى فيه تامل انتهى يقول الفقير وجه التامل
والله اعلم امكان الاحتراز من الغبار في الدخان والذباب بضم فمه ايضا وان ادعيت ان الصائم
لا يجد بدا من ان يفتح فمه لتحدث الناس فعله وكذلك في المطر والثلج لا يجد بدا
من ان يفتح فمه لتحدث الناس فلا فرق بينهما تدبر ولو وطئ ميتة او بهيمة او في غير السبيلين
او قبل او لمس ان انزل افطر قوله ان انزل قيد للجميع حتى لو لم ينزل في هذه الصور لم يفطر
وعن هذا قال والا اي وان لم ينزل فلا يفطر اما الافطار فلوجود الجماع صورة في وطي البهيمة والميتة او في غير
السبيلين بان عالج ذكره بيده او بما بين الفخذين او بالبطن وانزل فلوجود قضاء الشهوة في هذه الصور

ولا يجب الكفارة

بوجه ٣

اذهب ثواب الغيبة ٣

مطلب استعمال الدخان المعروف يفسد الصوم

ولا يجب الكفارة لتمكن النقصان في قضاء الشهوة لان الكمال في قضاء الشهوة كون المحل
مشتهى والميتة والبهيمة ليسا بمحل الشهوة عند العقلاء فان حصل به قضاء الشهوة
فذلك لغلبة الشبق او لفرط السفه وغير السبيلين ليس بمحل مشتهى على الكمال
فينتقص الجناية ولهذا لا يجب الكفارة فيها وان لم ينزل فلا يكون قضاء الشهوة
اصلا واما في صورة التقبيل واللمس على تقدير الانزال فلوجود معنى الجماع وهو قضاء
الشهوة بالمباشرة ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا
ولا يلزم الكفارة لانها تفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات كالحدود
وان ابتلع ما بين اسنانه ان كان قدر الحمصة قضى وان كان دونها لا يقضي قالوا
لو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر ان كان قليلا وان كان كثيرا افطر وقال زفر يفطر في الوجهين لانه
الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه
ولو ابتلع ريقه لم يفسد فكذا هنا بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين الاسنان عادة فيمكن الاحتراز عنه
والفاصل بين القليل والكثير قدر الحمصة فهو كثير وما دونها قليل الا اذا اخرجه ثم اكله
فانه يقضيه وان كان دون الحمصة قال صاحب الهداية وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي
ان يفسد صومه كما روي عن محمد ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه
ولو اكلها ابتداء يفسد وعن هذا قال ولو اكل سمسمة من الخارج ان ابتلعها افطر وان
مضغها فلا يفطر لانه يتلاشى في فمه فان الظاهر انه لا يصل الى حلقه بل يبقى بين اسنانه وفي لقلته
الا اذا وجد طعمها في حلقه لان وجدان الطعم دليل الوصول الى حلقه وفي مقدار الحمصة عليه القضاء
دون الكفارة عند ابي يوسف وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير فصار كاللحم
المنتن ولابي يوسف انه يعافه الطبع اي يكرهه فصار من جنس ما لا يتغذى به فاشبه التراب
والقي ملء الفم ان عاد او اعيد يفسد الصوم عند ابي يوسف وان كان قليلا لا يفسد
وعند محمد يفسد باعادة القليل لا بعود الكثير اعلم ان تفصيل مسئلة القي والاستقاء
على ما ذكر في الهداية ان في صورة القي لم يفطر ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد
وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف لانه خارج حتى تنتقض به الطهارة وقد دخل
في جوفه فيفسد وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا
معناه لانه لا يتغذى به عادة بل يستقذره الطبع ويعاف عنه فصار كما لو دخل الذباب في حلقه
وان اعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة وان كان اقل من ملء الفم
فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف
لعدم الخروج وعند محمد تفسد لوجود الصنع منه في الادخال وفي صورة الاستقاء عمدا
اذا كان ملء فيه فعليه القضاء ولا كفارة عليه وان كان اقل من ملء الفم فكذلك عليه القضاء
عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكما حتى لم يجعل حدثا
فلم يجعل فطرا ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه يفسد وعنه
لا يفسد فالحاصل بملء الفم لكثرة الصنع هنا تفصيل ما في الهداية وكره ذوق شيء ومضغه
بلا عذر اما جوازه فلعدم المفطر صورة ومعنى واما كراهته فلما فيه من تعريض الصوم على الفساد
لاحتمال ان يدخل في حلقه وكره مضغ العلك اعلم ان مضغ العلك لا يفطر الصائم
لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لان بعض اجزائه يصل اليه وقيل اذا كان
اسود يفسد لانه مما يذهب بالمضغ فيصل عينه شيء الى الجوف بخلاف الابيض لانه مما لا يذهب بالمضغ
فلا يصل من عينه الى الجوف شيء وانما تصل رائحته الا انهم قالوا يكره على كل حال لما فيه من التعريض
على الفساد لانه ربما يصل الى جوفه شيء ولانه يتهم بالافطار يعني ان الناظر اليه من بعيد يظن
انه يتناول شيئا فيتهم قيل ولا يكره مضغ العلك للنساء اذا لم يكن صائمة لقيامه مقام السواك
في حقهن ويكره للرجال اذا لم يكن من علة لما فيه من التشبه بالنساء وهو منهي قال النبي صلى الله عليه وسلم
لعن الله المتشبهين بالنساء والمتشبهات بالرجال وقيل لا يستحب للنساء

قال صاحب النهاية والفرق بين الكراهة وعدم الاستحباب انه يجوز ان يكون الشيء غير مستحب ولا يكره كالمباحات مثل المشي
والقيام والقعود فالكراهة يستلزم عدم الاستحباب ولا ينعكس ١٢

لانه يصل اليه بعض اجزائه صح

مطلب جاز مضغ العلك للنساء في غير رمضان دون الرجال على كل حال

ويكره القبلة ان لم يامن على نفسه لان امن لان عينها ليس بمفطر وربما يصير مفطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينها فيباح له وان لم يامن يعتبر عاقبتها فيكره روي ان شابا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فمنعه عنها وسال شيخ عن ذلك فاذن له فيها فنظر القوم بعضهم الى بعض فقال لقد علمت لسبب نظر بعضكم لبعض ان الشيخ يملك نفسه والشاب لا يملك وقد قال عليه السلام ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه ولا يكره الكحل ودهن الشارب يجوز ان يكون كلاهما بلفظ المصدر بفتح الكاف والدال من كحل عينه كحلا ودهن راسه دهنا من باب طلب وجاز ان يكون كلاهما بلفظ الاسم بضم الكاف والدال فيكون على حذف المضاف اي ولا يكره استعمال الكحل واستعمال دهن الشارب كما ذكر وقوله والسواك كذا في النهاية فان قيل قد ذكر حكم الاكتحال مرة بقوله او اكتحل فما فائدة ذكره ثانيا قلت لكل فائدة ما فائدة استفيد من الاول عدم تفطير الاكتحال ولا يلزم منه عدم الكراهة فاستفيد من الثاني عدم الكراهة ثم عدم كراهتهما لانهما ليسا من محظورات الصوم ثم اعلم انه لا باس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب والخضاب جاء في السنة لكن لحاجة غير الزينة ولا يفعل الدهن لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة فان اللحية عندنا طولها قدر القبضة وما وراء ذلك يجب قطعه هكذا روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان ياخذ من اللحية طولها وعرضها اورده ابو عيسى في جامعه وقال من سعادة الرجل خفة لحيته وكان عبد الله بن عمر يقبض على لحيته ويقطع ما وراء القبضة ذكر ابو يوسف في الاثار عن عبد الله بن عمر كذا في النهاية ولا يكره السواك ولو عشيا والمراد منه بعد الزوال وقال الشافعي يكره السواك للصائم بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود عند الله وهو الخلوف وقال عليه السلام لخلوف فم الصائم اطيب عند الله من ريح المسك وما يكون محمودا عند الله فسبيله الابقاء كما في دم الشهيد قلنا هو اي الخلوف اثر العبادة فاللائق به الاخفاء فلا كذلك بخلاف دم الشهيد فانه اثر الظلم فيحتاج الى الاظهار من خصمه فلا بد من الابقاء ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء قال صاحب العناية في النهاية ذكر محمد في الاصل انه لا باس للصائم ان يستاك بالسواك الرطب ولم يذكر ان رطوبته بالماء او بالرطوبة الاصلية التي تكون في الاشجار ولا ذكر انه بلّه بريقه او بالماء وذكر في الجامع الصغير لا باس بالسواك الرطب بالماء للصائم في الفرض فكان تفسيرا لما في الاصل ويدل على الرطب بالرطوبة الاصلية بالالحاق ولهذا قال صاحب الهداية ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم السواك من غير فصل بين الرطب وبين الغداة والعشي وينفي به ما قال ابو يوسف ان الرطب بالماء مكروه لما فيه من ادخال الماء في الفم وذلك لان ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد السواك ثم لم يكره للصائم المضمضة فكذا السواك ولا يكره مضغ طعام لا بد منه لطفل ويكره اذا كان لها منه بد لانها لا تامن ان يدخل شيء في حلقها فكانت معرضة صومها على الفساد وهو مكروه عند عدم الحاجة واما عند الحاجة فلا يكره الا يرى ان لها الفطر اذا خافت على الولد فالاولى ان يكون لها المضغ كذا في النهاية ولا الحجامة لما روي ان النبي عليه السلام احتجم وهو صائم فيكره عند الامام الاستنشاق للتبرد والتلفف بثوب لما فيه من التضجر في اقامة العبادة ولا يكره ذلك عند ابي يوسف لما روي انه عليه السلام صب الماء على راسه من شدة الحر وهو صائم ولان فيه عونا على العبادة ودفع التضجر الطبيعي وقيل يكره المضمضة لغير غرض لما فيه من توهم الافطار يقول الفقير وقع في ابن الملك شرح مجمع البحرين وقيل يكره المضمضة لغير وضوء لما فيه من توهم الافطار ولا يكره في الصحيح لانه يبقى السنة والحاصل غير قوله لغير الوضوء الى قوله لغير عذر لم يكن عاما الا اذا كان يبتلى اليبوسة بسبب الابتلاء بالكيفية المباحة بحيث لو لم يمضمض لا يقدر على التكلم

مطلب احوال الاكتحال للرجال

مطلب قدر اللحية طولا وعرضا

ويكره المباشرة والمعانقة والمصافحة في رواية عن الامام لما فيها قرب من ارتكاب المحظورات قال صاحب الهداية والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية يعني يكره اذا لم يامن ولا يكره اذا امن وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانها قلما تخلو عن الفتنة وهو ان يعانقها متجردين ويمس ظاهر فرجه ظاهر فرجها ويستحب السحور لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور بركة يعني في اكله والمراد بالبركة زيادة القوة على اداء الصوم ويجوز ان يكون المراد نيل زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين والسحور اسم لما يؤكل في ذلك ويستحب تاخيره فيكون تاخيره مستحبا في مستحب قال عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور والسواك وفي المنافع ذكر وضع اليمين على الشمال في الصلاة مكان السواك ثم تعجيل الافطار وتاخير السحور انما يكون مستحبا اذا لم يكن في السماء علة قال صاحب النهاية وسئل الامام بدر الدين الغوري شيخي عن هذا الحديث فقال كيف يكون تاخير السحور من اخلاق المرسلين ولم يكن في ملتهم حل اكل السحور كما كان في ابتداء ملتنا لان النبي عليه السلام قال فرق ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحور فقال شيخي مراده الاكلة التي فانها كانت تجري مجرى السحور في حقهم وقال صاحب العناية يجوز ان يقال لا منافاة بينهما لجواز ان يكون انبياؤهم يتسحرون وان لم يكن لملتهم تسحر يقول الفقير والاصوب ما قال صاحب العناية لان ما قال صاحب النهاية نقلا عن شيخه لا محصل له معتدا به تدبر ويستحب تعجيل الفطر لما روينا ولقوله عليه السلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا الفطر

فصل

لما ذكر مسائل الصوم شرع في هذا الفصل ببيان وجوه الاعذار المبيحة للافطار وما يتعلق بها يباح الفطر لمريض خاف زيادة مرضه بالصوم لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة وقال الشافعي لا يباح الفطر لمريض خاف زيادة مرضه وهو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه واصله ان الرخصة لا تتعلق بنفس المرض لتنوعه الى ما يزداد بالصوم والى ما يخف به فلا يكون لا محالة فجعلنا ما يزداد به مرخصا لخوف الهلاك لوجود ما هو الاصل في الباب وهو المشقة ومعرفة ذلك اما ان يكون باجتهاده بان يعلم من نفسه بان حماه زاد شدة او عينيه وجعا به ويباح لمسافر وصومه احب ان لم يضره وقال الشافعي الفطر افضل واستدل عليه بقوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر الصيام في السفر روي جابر عن عبد الله بن عمر رضي قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فراى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا فقالوا صائم فقال ليس من البر الحديث ولنا ان رمضان افضل الوقتين لان عدة من ايام اخر كالخلف عن رمضان والخلف لا يساوي الاصل بحال وما رواه محمول على حالة الجهد يعني المشقة ونحن قائلون بافضلية الفطر في هذه الحالة لا اذا لحقته المشقة ولا قضاء ان ماتا اي المريض والمسافر على حالهما لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر والله تعالى اوجب القضاء عليهما فيها ويجب القضاء بقدرها فانهما ان صح المريض او اقام المسافر بقدرها اي بقدر عدة فانهما لوجود ادراك عدة من ايام اخر والا اي وان لم يصح او لم يقم بقدرها فانهما بل صح او اقام مقدارا انقص من مدة المرض او السفر ثم ماتا فبقدر الصحة او الاقامة ان يلزم القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدة وجوب القضاء بقدرها وجوب الفدية عليه بقدرها وعن هذا قال مفرعا عليه فيطعم عنه وليه لكل يوم كالفطرة فانه اذا فاتت عشرة ايام مثلا فاقام بعد رمضان خمسة ايام او صح بعد رمضان خمسة ايام ولم يقض ثم مات فعليه فدية خمسة ايام وكذا الحكم ان صح او اقام بقدرها فانهما ولم يقضيا ثم ماتا يطعم عنه وليه كذلك ويلزم من الثلث ان اوصى به اي ان لم يوص فلا لزوم على الورثة وان تبرع الولي به صح تبرعه ويكون له ثواب ذلك

اخر

مطلب اسقاط صلاة وفدية صوم

والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ وفدية كل صلاة كصوم يوم هو الصحيح احترازا عما قال محمد
يطعم عنه لصلاة كل يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع وقال كل صلاة فرض على حدة بمنزلة
صوم يوم وهو الصحيح لانه احوط فعلى مذهب ابي يوسف يجب اثنا عشر منا لكل صلاة يوم
لان الوتر فرض عنده فيؤدى عن الفطر نصف صاع ايضا ولا يصوم عنه وليه ولا يصلى
وهذا مذهبنا وقال الشافعي يجوز ذلك في قول استدلالا بما روي عن عائشة رضي الله عنها
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من مات وعليه الصيام صام عنه وليه وهو نص في
ولنا حديث عمر رضي الله عنه لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد وتأويل حديث
عائشة فعل عنه ما يقوم مقام الصوم من الاطعام او اوصى بذلك وقضاء رمضان
ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط
الواجب والصوم المذكور في كتاب الله ثمانية اربعة منها متتابعة واربعة صاحبها
بالخيار اما المتتابع فصوم رمضان فلا كلام لاحد في وجوب التتابع منه واما غيره فقد ضبطه
مشايخ بان كل ما شرع فيه العتق كان التتابع فيه واجبا والا فلا وان اخره اي قضاء رمضان
حتى جاء اخر قدم الاداء لانه في وقته ثم نقل القضاء بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه
لان وجوب القضاء على التراخي يعني غير مقيد بوقت لاطلاق قوله تعالى فعدة من ايام اخر اذ ليس فيه
توقيت بما بين رمضانين خلافا للشافعي فانه يوجب مع القضاء لكل يوم طعام مسكين
ومذهبه مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ومذهبنا روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما
والشيخ الفاني اذا عجز عن الصوم يفطر ويطعم لكل يوم كما الفطرة والوصف بالفاني
اما لقربه الى الفناء اولانه فنيت قوته وجوب الفدية عليه مذهبنا وقال مالك لا تجب عليه الفدية
لان الاصل وهو الصوم لا يجب عليه فلا يجب خلفه قلنا السبب وهو شهود الشهر وجب
حتى لو تحمل المشقة وصام وقع عن فرضه وانما يباح له الافطار لاجل الحرج وعذره ليس
بعرض الزوال حتى يصار الى القضاء فوجب الفدية كمن مات وعليه الصوم والاصل
فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية قال اهل التفسير معناه لا يطيقونه فهو كقوله تعالى
يبين الله لكم ان تضلوا اي لئلا تضلوا قال صاحب العناية فان قيل روي عن الشعبي
قال لما نزل قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه كان الاغنياء يفطرون ويفدون الفقراء بناء
على ان في بدء الاسلام كان الرجل مخيرا بين الصوم والفدية ثم نسخ بعد ذلك بقوله تعالى
فمن شهد منكم الشهر فليصمه والمنسوخ لا يجوز الاستدلال به اجيب بان الاية ان
وردت في الشيخ الفاني فظاهر كما ذهب اليه بعض السلف وان وردت في التخيير فكذلك
لان النسخ انما ثبت في حق القادر على الصوم فبقي الشيخ الفاني على حاله كما كان انتهى
قال الفاضل سعدي افندي فيه بحث كيف يبقى الشيخ الفاني على حاله وقوله تعالى وعلى الذين
يطيقونه لم يتناوله على هذا التفسير انتهى قال ابن ملك في شرح المنار قال فخر الاسلام
معناه لا يطيقونه كما جاء حذف لا في قوله تعالى يبين الله لكم ان تضلوا قال الامام الزاهدي
هذا التاويل غير صحيح لانه تعالى قال وان تصوموا خير لكم ومثل الندب لا يرد في حق العجزة
بل معنى الاية وعلى المطيقين الذين لا عذر لهم ان افطروا فدية وكان الاغنياء يفطرون
ويفدون ثم نسخ ذلك بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه فحينئذ ثبت وجوب الفدية
في الشيخ الفاني بالاجماع دون النص وقرا بعض وعلى الذين لا يطيقونه وجعل وان
تصوموا خير لكم معطوفا على الكلام الاول وهو قوله تعالى كتب عليكم الصيام
كما كتب على الذين من قبلكم وجعل الخبر بمعنى الامر بمعنى الاخر انتهى وان قدر على
الصوم بعد ما فدى لزمه القضاء وبطل حكم الفداء فيما كان لم يفعل فان قيل القدرة على الاصل
بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل الخلف كما لو قدر على الماء بعد ما صلى بالتيمم وهنا حصل المقصود وهو
تفريغ الذمة عما وجب عليه اجيب بان القدرة على الاصل ههنا انما هي قبل حصول المقصود لان دوام
هذا العجز الى الموت شرط صحة هذا الخلف فان الشيخ الفاني هو الذي يزداد ضعفه كل وقت الى موته ولم

مطلب خفتت

وحامل

بحث اعمال المرضع

وحامل او مرضع الحامل هي التي في بطنها ولد والمرضع هي التي لها لبن ولا يجوز ادخال التاء في آخرهما
كما في حائض وطالق لان ذلك من الصفة الثابتة لا الحادثة وللبصريين في نحو ذلك مذهبان
مذهب الخليل انها بمعنى النسب كلابن وتامر يعني ذي لبن وذي تمر فيكون معناها ذات حمل او ذات
ارضاع وذات حيض وذات طلاق ومذهب سيبويه انه يؤول بانسان او شيء حامل او مرضع
وكذا في البواقي واما ابن الحديث يجوز ادخال التاء بان يقال حائضة الآن او غدا وعن الفراء
يقال هذه امرأة حاملة اذا كان في بطنها ولد كذا في البيانية خافت على نفسها او ولدها
تفطر وتقضي دفعا للحرج ولا كفارة عليها لانه افطار بعذر فان قيل نعم هو عذر لكن لا في نفس
الصائم بل لاجل غيره ومثله لا يعتد به الا يرى انه لو اكره على شرب الخمر بقتل ابنه او ابيه لم
يحل له الشرب اجيب بان الحامل والمرضع مأمورتان بصيانة الولد مقصودا
وهو لا يتاتى بدون الافطار عند الخوف فكانت مأمورة بالافطار والامر بالافطار مع
الكفارة التي بناؤها على الجناية لا يجتمعان بخلاف الاكراه فانه ليس لكل واحد مأمورا
قصدا بصيانة غيره بل انما الامر هناك من ضرورة حرمة القتل والحكم يتفاوت بالامر قصدا
او ضمنا قال صاحب الذخيرة المراد بالمرضع ههنا الظئر لان الام لا تفطر اذا كان للولد
اب لان الصوم فرض عليها دون الارضاع قال صاحب العناية قال شيخي شيخي
عبد العزيز ينبغي ان يشترط يسار الاب واخذ الولد ضرع غير الام قال صدر الشريعة
قبل حل الافطار يتحقق بمرضعة آجرت نفسها للارضاع ولا يحل للوالدة اذ لا يجب
عليها الارضاع اقول لو كان حل الافطار بناء على وجوب الارضاع فعقد الاجارة
لو كان قبل رمضان يحل الافطار لكن لو لم يكن قبل رمضان بل تؤجر نفسها في رمضان ينبغي
ان لا يحل لها الافطار اذ لا يجب عليها ايجار نفسها الا اذا دعت الضرورة اليها
واما الوالدة فلا يحل لها الافطار الا اذا تعينت فحينئذ يجب عليها الارضاع انتهى
قال الفاضل الاخي چلبي وفيه بحث وهو ان الاجارة عقد مباح لا ينفيه اباحتها زمان الصلاة
فاذا انعقدت في شهر رمضان بناء على اباحتها يجب بقاؤها لانها عقد صحيح لازم فاذا وجب
بقاؤها يجب عليها الارضاع فيحل لها الافطار بخلاف ارضاع الوالدة فانه لا يجب ابتداء فكذا
بلا فدية خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد فافطرت وجب القضاء والفدية على اصح
اقوال الشافعي وهو يعتبره بالشيخ الفاني فان الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلفه
لا علة فتجب الفدية لفطر الشيخ الفاني ولان فيه منفعة نفسها وولدها فبالنظر الى نفسها
يجب القضاء وبالنظر الى منفعة ولدها يجب الفدية ولنا ان الفدية في الشيخ الفاني ثبتت بالنص
على خلاف القياس فلا يصح القياس والفطر بسبب الولد ليس في معناه لان الشيخ الفاني عاجز
بعد الوجوب والولد لا يجب عليه الصوم والفدية اصلا الا يرى انه لو كان له مال لا يجب عليه
فلا يلحق به دلالة ايضا كذا في العناية ويلزم صوم نفل شرع فيه خلافا للشافعي لانه متبرع بالزيادة
فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا قوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ولان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته
بالمضي عن الابطال الا في الايام المنهية وهي خمسة ايام عيد الفطر وعيد الاضحى مع ثلاثة بعده
فانه لا يجب اداء وقضاء لان الصوم في هذه الايام المنهية يجب نقضه فلا يجب اتمامه وقال ابو يوسف
يجب القضاء بشروعه متنفلا اذا افسده لان الشروع ملزم كالنذر ولو نذر يلزم القضاء
بلا فساد فكذا هنا ولا يباح له الفطر بلا عذر في رواية لانه ابطال العمل وفي رواية اخرى
يجوز لان القضاء خلفه ويباح بعذر الضيافة ان تأذى صاحبها بعدم اكله وقيل ان وثق على
القضاء يفطر وان لم يثق لا يفطر قال العلماء هذا الحكم يشمل الضيف والمضيف كذا في الكافي
ويلزم القضاء ان افطر لما ذكرنا انه قربة وعمل فيجب صيانته عن الابطال بالمضي واذا وجب المضي وجب
القضاء بتركه ولو نوى المسافر الفطر او غير رمضان بليل فقبله بعده ويلزم ذلك ان كان في رمضان
ثم اقام ونوى الصوم في وقتها صح لان الشارع اهل للصوم والسفر لا ينافي صحة الشروع
ويلزم ذلك ان كان في رمضان لزوال المرخص في وقت النية لان فرض السفر فيما اذا قدم قبل انتصاف

النهار

كما يلزم ذلك مقيما سافر في يوم منه اي من رمضان يعني لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الافطار ويجب عليه الاتمام ترجيحا لجانب الاقامة لكنه لو افطر لا كفارة فيهما اي في هذين المسافر ومن اقام لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه اياما قضاها لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط الا يوما حدث الاغماء فيه اي في هذا اليوم او حدث في ليلة فانه لا يقضي ذلك اليوم لوجود الصوم فيه اذ الظاهر انه ينوي حملا لحال المسلم على الصلاح حتى لو كان متهتكا يعتاد الاكل في رمضان قضى كله لعدم النية ووجود السبب ووقع في نسخ الدرر هنا حتى لو كان متهتكا يعتاد الاكل في شعبان قضى رمضان كله يقول الفقير لفظ شعبان سهو من قلم الناسخ لان من اعتاد الاكل في شعبان لا يصح ان يقال في حقه انه لا ينوي الصوم ولانه لا يقال لمن اعتاد الاكل في شعبان انه متهتك فتدبر ولو جن كل رمضان لا يقضي لانه يفضي الى الحرج بخلاف الاغماء لانه لا يستوعب الشهر عادة والجنون يستوعبه كثيرا

واذا افاق ساعة منه قضى ما مضى سواء بلغ مجنونا او عرض له بعده في ظاهر الرواية اعلم ان الجنون اذا استغرق شهر رمضان اسقط الصوم وان لم يستغرق لا بل يجب القضاء ولا فرق في هذا بين ما اذا بلغ مجنونا او بلغ عاقلا ثم جن وعند محمد انه اذا بلغ مجنونا لا يجب عليه الصوم مما مضى لا يكون مستغرقا فان الجنون اذا اتصل بالصبى لم يجب الصوم فهذا الجنون يكون مانعا ويكون للمنع الجنون الضعيف وغير مستغرق واما اذا جن البالغ فانه لا ينافي الصوم الواجب فلا بد ان يكون جنونا قويا وهو مستغرق كذا في صدر الشريعة نقلا عن الامام حميد الدين اذا افاق في اخر يوم من رمضان قبل نصف النهار يجب قضاء كل الشهر واذا افاق بعد الزوال لا يجب اصلا كذا في حاشية مولانا اخي چلبي ولو بلغ صبي او اسلم كافر او اقام مسافر او طهرت حائض في يوم من رمضان لزمه امساك بقية يومه يعني اذا حدث هذه الامور في رمضان يجب امساك بقية اليوم لحرمة رمضان وللتشبه بالصائم وان لم يكن حقيقة ولا يلزم الاوليين اي الصبي البالغ والكافر المسلم قضاؤه اي قضاء ذلك اليوم لعدم الاهلية في اول اليوم فلم يجب الاداء فلا يجب القضاء وان كان البلوغ والاسلام قبل نصف النهار فنويا الصوم ثم اكلا فان قلت ما الفرق بينه وبين الصلاة حيث يقضيا الصلاة وان ادركا الاهلية في جزء منه قلت السبب في الصلاة الجزء الاخير من الوقت او الجزء المتصل بالاداء فوجبت وفي الصوم السبب هو الجزء الاول من اليوم والاهلية منعدمة عنده بخلاف الاخريين اي المسافر الذي اقام والحائض التي طهرت فانهما يقضيان ذلك اليوم ثم انهم اختلفوا في امساك بقية اليوم انه على طريق الاستحباب او على طريق الايجاب ذكر محمد بن شجاع انه على طريق الاستحباب لانه مفطر وكيف يجب عليه الكف عن المفطرات وقد قال ابو حنيفة في كتاب الصوم ان الحائض اذا طهرت في بعض النهار لا يحسن لها ان تاكل وتشرب والناس صيام وهذا يدل على الاستحباب وقال الشيخ الامام الزاهد الصفار الصحيح انه على الايجاب لان محمدا ذكر في كتاب الصوم فليتم بقية يومه والامر على الايجاب وفي موضع اخر الحائض اذا طهرت في بعض النهار فلتدع الاكل والشرب وهذا امر ايضا والذي قال لا احب لها ان تاكل وتشرب اراد انه يقبح منها ذلك الا ترى انه قال في مسافر اذا اقام بعد الزوال انى استقبح ان ياكل ويشرب والناس صيام ثم قيل الحائض تاكل سرا لا جهرا وقيل تاكل سرا وجهرا وللمريض والمسافر الاكل جهرا كذا في النهاية

فصل

لما فرغ من بيان ما اوجبه الله تعالى على العباد شرع في بيان ما يوجبه العبد على نفسه وهو فرع عليه لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فكان مرتبا عليه قال صاحب النهاية والاصل فيه ان النذر لا يصح الا بشرطين الا اذا قام الدليل على خلافه احدهما ان يكون للواجب جنسه شرعا والثاني ان يكون مقصودا لا وسيلة فلذلك لم يصح النذر بعيادة المريض لانعدام الشرط الاول ولم يصح النذر ايضا بالوضوء لانعدام الشرط الثاني

نذر صوم العيد وايام التشريق صح وافطر وقضى عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة لانه نذر بمعصية لورود النهي عن صوم هذه الايام قال صلى الله عليه وسلم الا لا تصوموا في هذه الايام والنذر بالمعصية غير صحيح وقال صلى الله عليه وسلم لا نذر في معصية الله تعالى ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وكذا لو نذر صوم السنة يفطر هذه الايام المنهية لان النذر بالسنة نذر بهذه الايام فتدخل في السنة لكن يفطرها ويقضيها اسقاطا للواجب قال صاحب العناية في نذر صوم سنة لا يخلو اما ان عينها كان يقول نذرت صوم هذه السنة او اطلقها كان يقول نذرت صوم سنة فان كان الاول لزمه صوم السنة الا انه افطر هذه الايام الخمسة وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام ولا يجب عليه قضاء رمضان لان صومه لم يجب بهذا النذر ولو صام الايام الخمسة يجزي وان كان الثاني فاما ان يشترط التتابع او لا فان شرط فحكمه حكم المعينة وان لم يشترط التتابع لم يجز صوم هذه الايام ويقضي خمسة وثلثين يوما خمسة للايام الخمسة وثلثين لرمضان وبني جواز صوم هذه الايام وعدم جوازه ان ما وجب كاملا لا يتادى ناقصا وما وجب ناقصا جاز ان يتادى ناقصا انتهى يقول الفقير يمكن ان يراد بقوله وكذا لو نذر صوم السنة يعني السنة المعينة او غير المعينة بشرط التتابع كما شرح مولانا الفاضل يعقوب باشا في تاج الشريعة او بصوم سنة بقوله يعني السنة المعينة او غير المعينة بشرط التتابع ولا عهدة لو صامها يعني لو نذر صوم هذه الايام المنهية او صوم السنة كما قلنا او صامها يجزئه لانه ادى ما نذر كما التزمه وقد قلنا انفا ان ما وجب ناقصا جاز ان يتادى ناقصا قال صاحب العناية ويكره صوم يوم عرفة بعرفات وكذا صوم يوم التروية لانه يعجزه عن اداء افعال الحج اما اذا كان لا يعجزه ولا يخاف الضعف وكان غير حاج فصومهما مستحب وصوم رجب منفردا مكروه لما فيه من التشبه باليهود وكذا صوم يوم عاشوراء منفردا للتشبه باليهود ايضا وصوم الصمت مكروه ايضا وهو ان يمسك عن الكلام من فعل المجوس ويكره صوم النيروز والمهرجان اذا انفرد فان وافق صوما فلا باس كان افراده هذه الايام بالصوم تعظيم لها وقد نهينا عن تعظيمها وصوم الوصال مكروه ايضا قال ابو يوسف بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن صوم الوصال ومعنى ذلك ان يصوم اياما لا يفطر فيها وروي انه عليه السلام كان يواصل وينهى عن الوصال ويقول لست كاحدكم اني اظل عند ربي يطعمني ويسقيني ولا باس بصوم يوم الجمعة في قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف جاء حديث في كراهته الا ان يصوم قبله يوما او بعده يوما ويستحب صيام ايام البيض وليس بواجب وكان بعضهم يصوم يوم الاثنين والخميس وكره بعضهم توقيت الصوم في يوم ومن صام يوما وافطر يوما فحسن قيل انه صوم داود عليه السلام وهو افضل من صوم الدهر لانه يالف النفس على الصوم في صوم الدهر فلا يكون على النفس زيادة مشقة وافضل الصوم بحسب الشرع الا وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا صام من صام الدهر ولا افطر ووجهه يبين في شرح حديث ثم ان نوى كقوله على صوم هذه الايام او السنة النذر فقط او نواه ان النذر ونوى ان لا يكون يمينا او لم ينو شيئا كان نذرا فقط لانه نذر بصيغته وقد قرره بعزيمته في الاولين واما في الاخير فاللفظ موضوع له فلا يحتاج الى النية وان نوى اليمين وان لا يكون نذرا كان يمينا فحسب لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره فيجب بالفطر كفارة اليمين لا القضاء لان حكم اليمين هذا وان نواهما اي النذر واليمين او نوى اليمين فقط اي بلا نفي النذر كان نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد فيجب القضاء لكونه نذرا والكفارة لكونه يمينا ان افطر وعند ابي يوسف نذر في الاول اي فيما نواهما ويمين في الثاني اي فيما نوى اليمين فقط لان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف

سهو صاحب الدرر

الاغماء

واعلم

العصام

فلت الزوال الجزء الاخير من الوقت الجزء المتصل بالاداء فوجبت

نذر

ولنظيره جاز ان يتادى ناقصا كما اذا شرع في صلاة العصر ثم غربت الشمس فانها لا تبطل لانها وجبت ناقصة ولا يتادى صلاة الفجر لانها وجبت كاملة

انواع الصيام

حادثة

لا سيما شرح المشكاة لعلي القاري عليه رحمة الباري فانه لم يصنف مثله في شروح الحديث لا في القديم ولا في الحديث فمن اراد الاستقصاء فعليه بمطالعته

نذرا

الثاني فلا يقتضيهما لان المجاز يتعين نفيه وعند نيتهما يترجح الحقيقة

وطهاه لا تنافي بين الجملتين لانهما يقتضيان الوجوب لان احدهما نشات من النذر لانه يقتضيه لعينه والاخر من اليمين لانه يقتضيه لغيره وكل من المنشاين دليل شرعي يجب العمل اذا امكن والعمل بهما ممكن لعدم التنافي بينهما فجمعنا بينهما عملا بالدليلين ولا يكره اتباع الفطر بصوم ستة من شوال لان الكراهة انما كانت لانه لا يؤمن ان يعد ذلك من رمضان فيكون تشبها بالنصارى في زيادتهم على المفروض والان زال هذا المعنى كذا في التجنيس وفي البدايع والاتباع المكروه هو ان يصوم الفطر ويصوم بعده خمسة ايام واما اذا افطر يوم العيد ثم صام بعده ستة ايام فليس بمكروه بل مستحب او سنة كذا في الاصلاح والفصلح وتفريقها ابعد عن الكراهة والتشبه بالنصارى ولفظ ابعد اشارة الى حصول البعد بفاصلة افطار يوم الفطر والاصل قوله عليه السلام من صام رمضان فاتبعه ستا من شوال كان كمن صام السنة فتوهم بعضهم من فاء فاتبعه تعقيب الست بصوم رمضان وفساده لاستلزامه صوم يوم العيد ان حمل على التعقيب الحقيقي بل المراد ان صوم مجموع السنة فيه سواء متصلا بيوم العيد متتابعا او منفصلا منه متفرقا مستعقب بصوم شهر رمضان بمعنى انتفاء الفاصلة المعتبرة بينهما قال مولانا اخي جلبي والمبينة كون اتباع صوم هذا الست بصوم رمضان مثل صوم السنة ان قوله تعالى من جاء بالحسنة فله عشر امثالها يقتضي ان يكون صوم رمضان كصوم ثلاثمائة يوم وصوم الست المذكور كصوم ستين يوما وهذا المجموع هو السنة الكاملة يقول الفقير هذا ضعيف لان المبينة لو كان هذا لما كان لتخصيصه برمضان وجه لانه يحصل صوم السنة على مقتضى هذه الاية اذا صام ستة وثلاثين يوما من اي شهر كان وايضا ورد في الحديث القدسي ما ينافيه وهو قوله عليه السلام عن الله عز وجل كل حسنة يعملها ابن ادم يضاعف من عشر الى سبعمائة ضعف الا الصوم فانه لي وانا اجزي به فالوجه انه مفوض الى الشارع لا يعلم لميته الا هو على ما قيل في مثله

باب الاعتكاف

وجه تقديم الصوم على الاعتكاف وجه تقديم الوضوء على الصلاة قال صاحب النهاية وهو في اللغة افتعال من عكف وهو متعد فمصدره العكف ولازم فمصدره العكوف فالمتعدي بمعنى الحبس والمنع ومنه قوله تعالى والهدي معكوفا ان يبلغ محله ومنه الاعتكاف في المسجد واما اللازم بمعنى الاقبال على الشيء بطريق المواظبة ومنه قوله تعالى يعكفون على اصنام لهم وقال صاحب العناية وتفسيرها لغة الاحتباس لانه من العكوف وهو الحبس ومنه قوله والهدي معكوفا انتهى يقول الفقير ما في كتب اللغة مخالف لما في النهاية وموافق لما في العناية قال الجوهري في الصحاح عكفه عكفا اي حبسه ومنه قوله تعالى والهدي معكوفا ومنه الاعتكاف في المسجد وهو الاحتباس وعكف على الشيء عكوفا اقبل عليه مواظبا قال الله تعالى يعكفون على اصنام لهم وقال صاحب القاموس عكفه يعكفه بالضم ويعكفه بالكسر عكفا حبسه وعكف عليه عكوفا اقبل عليه مواظبا انتهى ليت شعري لم قال صاحب النهاية قولا يخالف كتب ائمة اللغة لان مخالفته ظاهرة الا ان يكون لنسخة العناية التي عندنا صحيحة وهو اي الاعتكاف سنة مؤكدة في العشر الاخير من رمضان لانه صلى الله عليه وسلم كان يعتكف في العشر الاخير من رمضان منذ قدم المدينة الى ان قبضه الله تعالى وقال الزهري عجبا من الناس كيف تركوا الاعتكاف ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل الشيء ويتركه وما ترك الاعتكاف حتى قبض ثم فيه تفريغ القلب عن امور الدنيا وتسليم النفس الى المولى والتحصن بحصن حصين وملازمة بيت رب كريم قال عطاء مثل المعتكف كمثل رجل له حاجة عظيمة عند عظيم فيجلس على بابه ويقول لا ابرح حتى تقضي حاجتي فالمعتكف يجلس في بيت الله تعالى ويقول لا ابرح حتى تغفر لي فهو اشرف الاعمال اذا كان عن اخلاص كذا في النهاية

فان قيل المواظبة من غير ترك دليل الوجوب فيلزم ان يكون واجبا قلت من دأب النبي عليه السلام في الواجب مواظبته وان يأمر بفعله وينكر على تاركه ولم يفعل ذلك فيه فكان المواظبة بلا ترك معارضا بترك الانكار وقال بعضهم انه مستحب يقول الفقير الحق على ثلاثة اقسام واجب وهو المنذور وسنة مؤكدة وهو اعتكاف العشر الاخير من رمضان ومستحب وهو في غيره من الايام ولقد احسن صاحب الدرر هنا حيث قسمه الى هذه الاقسام الثلاثة كما قلنا

ويجب الاعتكاف بالنذر وهو اي الاعتكاف اللبث في مسجد جماعة وهو الذي يكون له امام ومؤذن يؤدى فيه الصلوات الخمس او لا لقول حذيفة لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وروي عن الامام انه لا يصح الا في مسجد يصلون فيه الصلوات الخمس لانه مباح انتظار الصلاة فيختص بمكان تؤدى وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي افضل الاعتكاف ان يكون في مسجد الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم في بيت المقدس وهو المسجد الاقصى ثم في المساجد العظام التي كثر اهلها وفي المنتقى عن ابي يوسف ان الاعتكاف الواجب لا يجوز اداؤه في غير مسجد الجماعة واما النفل فيجوز اداؤه في جميع المساجد وكان سعيد بن المسيب يقول لا اعتكاف الا في مسجد النبي مسجد المدينة ومسجد الحرام ومن العلماء من قال لا اعتكاف الا في ثلاثة مساجد وضموا الى هذين المسجدين المسجد الاقصى والصواب انه يجوز في مسجد الجماعة اي مسجد كان لقوله تعالى وانتم عاكفون في المساجد فعم المساجد في الذكر كذا في النهاية والعناية مع النية لانه عبادة واقله اي اقل الاعتكاف يوم عند الامام وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة واكثر اليوم عند ابي يوسف لان اكثر الشيء بمنزلة كله وساعة عند محمد لانها اقل ما يتصور فيه اللبث فلا اعتبار بما دون الساعة والصوم شرط في الاعتكاف الواجب رواية واحدة فاقله مقدر باليوم اتفاقا وكذا في النفل في رواية عن الامام فعلى هذه الرواية لا يكون اقله الا يوما واحدا وليس بشرط فيه في ظاهر الرواية وهو مختار محمد ولهذا قال اقله ساعة لان حال النفل مبني على المساهلة قال صاحب الكافي وفي ظاهر الرواية الصوم ليس بشرط في النفل وهو قول عن ابي يوسف ومحمد فيكون اقله ساعة بلا صوم حتى اذا دخل المسجد بنية الاعتكاف فهو معتكف ما دام فيه تارك اذا خرج لان مبنى النفل على المساهلة انتهى يقول الفقير يفهم من تقريره وتفريعه كون اقله ساعة على عدم كون الصوم شرطا على قول ابي يوسف ومحمد ان ابا يوسف مع محمد في هذه وما ذكره المصنف لا يستقيم عند ابي يوسف وعن ابي يوسف اقله اكثر يوم والفرق بينهما ظاهر على ما تقرر من دأب صاحب الهداية تدبر والمرأة تعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه وقال الشافعي لا اعتكاف للرجال والنساء الا في مسجد لان المقصود الاعتكاف تعظيم البقعة فيختص ببقعة معظمة شرعا وهي لا توجد في مساجد البيوت ولا يخرج المعتكف من المسجد الا لحاجة الانسان كالبول والغائط لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها او الجمعة لانها اهم حاجاته فيباح له الخروج لاجلها ضرورة في وقت يدركها قالوا فان كان منزله قريبا من الجامع يخرج بحيث لا يفوته الخطبة وان كان بعيدا منه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبل الجمعة اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان تحية ويجوز ان يصلي بعدها في الجامع اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة لان سننها توابع لها فالحقت بها ولا يلبث في الجامع اكثر من ذلك وان لبث اكثر من ذلك فلا فساد لانه ايضا موضع اعتكاف الا انه يستحب ان لا يلبث اكثر من ذلك لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة واما اذا كان عن ضرورة كما انهدم المسجد يجوز ان يتمه في مسجد اخر لانه يضطر اليه فان خرج من المسجد ساعة او قليلا كذا فسره صاحب التسهيل بلا عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود المنافي ولو قليلا وهو القياس لان الخروج ينافي اللبث وما ينافي الشيء يستوي فيه قليله وكثيره وعندهما لا يفسد ما لم يكن اكثر اليوم وهو الاستحسان لانه في القليل ضرورة بيانه ان المعتكف اذا خرج لحاجة الانسان لا يؤمر بان يسرع المشي وله ان يمشي على التؤدة فظهر ان القليل من الخروج ليس بعفو فجعلنا الحد الفاصل اكثر يوم او ليلة كما قلنا في نية الصوم في رمضان اذا وجدت في اكثر اليوم جعلت كوجودها في جميع اليوم لما ان الاقل تابع للاكثر وابو حنيفة يقول ركن الاعتكاف هو المقام في المسجد والخروج ضده فيكون مفوتا ركن العبادة والقليل والكثير في هذا سواء واكله وشربه ونومه فيه يعني يفعل المعتكف هذه الافعال في المسجد دون غيره لانه يمكن قضاء هذه في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ويجوز له ان يبيع ويبتاع اي يشتري فيه اي في المسجد بلا احضار السلعة لانه قد يحتاج الى البيع والابتياع بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفي احضار السلعة شغل المسجد بحقوق العباد

ولا يجوز لغيره يعني لا يجوز لغير المعتكف ان يبيع ويبتاع في المسجد لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وبيعكم وشراءكم قال الفاضل اسعد افندي قد ولكن مخصص للمعتكف من هذا العموم انتهى يقول الفقير خص للضرورة والضرورة لا تبيح الخلوة

ويحرم عليه الوطء ودواعيه لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ودواعيه من القبلة
واللمس وغيرهما مؤدية اليه كما حرمت في الاحرام والظهار والاستبراء فان قلت لم يحرم الدواعي في
الصوم وحالة الحيض كما حرم الوطء قلت لان الصوم والحيض يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي
فيهما يلزم الحرج وذلك مدفوع شرعا قيل مسئلة حرمة الوطء على المعتكف تحتاج الى دليل لان
المعتكف لما يكون في المسجد فلا يتهيأ له الوطء فاولوه بانه جاز له الخروج للحاجة الانسانية
فعند ذلك يحرم الوطء لان المعتكف لا يزول عنه بذلك الخروج وذكر في شرح التاويلات
انهم كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجماع ثم يغتسلون ويرجعون الى معتكفهم فنزل قوله تعالى
ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد كذا في العناية ويفسد الاعتكاف بوطئه ولو ناسيا
لان حالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان او في الليل لانه محل الاعتكاف بخلاف الصوم
ويفسد باللمس والقبلة والوطء في غير فرج ايضا ان انزل لانه في معنى الجماع حتى يفسد به
الصوم والا اي وان لم ينزل فلا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد
ولهذا لا يفسد به الصوم فان قيل هلا جعلت نفس المباشرة مفسدة من غير انزال بظاهر
قوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون والمباشرة تتحقق في الجماع فيما دون الفرج اجيب
بان المجاز وهو الجماع لما كان مرادا من المباشرة بطل ان يكون الحقيقة مرادة
ويكره للمعتكف الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا فانه روي عن ابي حنيفة
عن عدي بن ثابت عن حازم عن ابي هريرة رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
صوم الوصال وعن صوم الصمت فقال الراوي وهو زكريا بن ابي زائدة قلت لابي حنيفة
ما صوم الصمت فقال ان يصوم ولا يتكلم احدا في يوم الصوم كذا في العناية ويكره الكلام الا بخير
لانه في حالة انتظار الصلاة فلا يخالطها بكلام الا بخير ومن نذر اعتكاف ايام لزمته اي
لزمت الايام بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رايتك
منذ ايام والمراد بلياليها وان نذر اعتكاف يومين لزماه بليلتيهما لان في المثنى معنى الجمع لاجتماع فرد
وفرد فيلحق به احتياطا في امر العبادة خلافا لابي يوسف في الليلة الاولى منهما لان المثنى غير الجمع وفي
الليلة المتوسطة ضرورة الاتصال بيانه ان المثنى لما كان غير الجمع كما لفظ المثنى والزوج سواد
فلو قال علي ان اعتكف يوما لم يدخل الليلة بالاتفاق فكذا في التثنية الا ان الليلة الوسطى تدخل
البتة لضرورة اتصال بعض الاجزاء بالبعض وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى فان
قيل لما كان المثنى غير الجمع وجب ان لا يكتفى في الجمعة بالاثنين سوى الامام وقد اكتفى كما تقدم في باب
الجمعة اجيب بان الاصل ما ذكر ههنا لان العمل باجتماع الوجهان والجمع اولى لانه وجد في الجمعة معنى
لم يوجد في غيرها وهو انها سميت جمعة بمعنى الاجتماع وفي الجماعة والتثنية ذلك فكانت التثنية
في تحقيق معنى الاجتماع كالجمع فاكتفى بها في الجمعة وان نوى النهر جميع نهار يعني ان نوى النهر في
نذر اعتكاف ايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة بخلاف ما اذا نذر ان يعتكف
شهرا ونوى النهر خاصة لا يصح لان الشهر اسم لعدد ثلثين يوما وثلثين ليلة او تسعة
وعشرين يوما وليلة فلا يحتمل ما نواه واعترض عليه وقيل لانه نوى الحقيقة واجيب بانه اختيار
ما ذهب اليه بعض المشايخ من ان اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت واحد
معنيي المشترك يحتاج الى القرينة والنية لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة وعلى تقدير ان يكون
مجازا في مطلق الوقت فجوابه ان ذكر الايام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة
فيحتاج الى النية دفعا للصارف عن الحقيقة لا للدلالة عليها كذا في العناية
ويلزم التتابع في الاعتكاف وان لم يلتزمه المعتكف لان مبنى الاعتكاف على التتابع
لان الاوقات كلها صالحة قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي
غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع ويلزم الاعتكاف
بالشروع يعني اذا شرع في الاعتكاف فقطعه قبل تمام يوم فعليه القضاء
الا عند محمد رحمه الله تعالى فان اقله ساعة عنده وقد حصلت ٥

تعالى

الصحابة رضي الله عنهم

كتاب الحج

كتاب الحج

قدم الصوم على الحج لان كلا منهما عبادة هجران عن المالوف لكن في الصوم هجران عن المالوف النفساني
وهو داخل في الصفات وفي الحج هجران وعن شيء خارج فكان ان يقدم ما هو اكثر اتصافا به اولى لان النفس
مرقاة الرب وكان في الصوم طاعة لله وقهر عدوه وفي الحج طاعة مجردة فكان تقديم الشيء الذي هو مشتمل
على خصلتين محمودتين اولى من تقديم شيء هو مشتمل على خصلة منه واما تقديم الحج على النكاح فيه
فظ لما ان الحج من الاركان الخمسة في الدين والحج في اللغة القصد وفي الشريعة هو زيارة مكان
مخصوص وهو بيت الله تعالى في زمان مخصوص وهو اشهر الحج بفعل مخصوص على ما نفصله ان شاء الله تعالى
فرض الحج في العمر مرة على الفور اما فرضيته فثابتة بالكتاب والسنة والاجماع لانه اما الكتاب فقوله تعالى
ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال صاحب الكشاف في هذا الكلام انواع من التاكيد والتشديد
منها قوله ولله على الناس حج البيت يعني انه حق واجب لله في رقاب الناس لا ينفكون عن ادائه والخروج عن عهدته
ومنها انه ذكر الناس ثم ابدل عنه من استطاع اليه سبيلا وفيه ضربان من التاكيد احدهما ان الابدال تثنية
للمراد وتكرير له والثاني ان الايضاح بعد الابهام والتفصيل بعد الاجمال ايراد له في صورتين مختلفتين
ومنها قوله ومن كفر مكان قوله ومن لم يحج تغليظا على تارك الحج وكذلك قال عليه السلام من مات
ولم يحج فليمت ان شاء يهوديا او نصرانيا ومنها ذكر الاستغناء عنه فانه مما يدل على المقت والسخط
والخذلان ومنها قوله عن العالمين بدل عنه وفيه من الدلالة على الاستغناء برهان ما لا يخفى
لانه اذا استغنى عن العالمين تناوله الاستغناء لا محالة ولانه يدل على الاستغناء الكامل
فكان ادل على عظم السخط واما السنة فهي قوله عليه السلام بني الاسلام على خمس ومن جملتها الحج
والاجماع منعقد على فرضيته من غير نكير واما كونه في العمر مرة فلان سببه البيت الشريف لانه
يضاف اليه والاحكام تضاف الى سببها والبيت لا يتكرر قلنا فرضه في العمر مرة ثم انه واجب
على الفور عند ابي يوسف حتى ياثم بالتاخير عنه رواه عنه بشر والمعلى وعن ابي حنيفة ما يدل عليه على وجه
على الفور وهو ما ذكره ابن شجاع عن ابي حنيفة قال سئل ابو حنيفة عن له مال ايحج به ام يتزوج فقال بل
يحج به فذلك دليل على ان الوجوب عنده على الفور لان بالتزوج يحصل تحصين النفس والتحصن
واجب في كل الاحوال وبالاشتغال بالحج يفوت التحصن الواجب فلو لم يكن وجوبه على الفور
لما كان الامر باشتغال الحج الذي يفوت به التحصن وجه مع ان الاشتغال بالتزوج لا يؤدي
الى تفويت الحج بل هو اداء في كل وقت يؤديه ومن الجائز ان يجد مالا آخر يحج به لما ان المال غاد
ورائح فثبت بامر الحج ان عنده الوجوب على الفور والا لما اخر الواجب الذي يجب عليه
في جميع الاحوال بواجب غير معجل خلافا لمحمد والشافعي فان وجوبه عندهما على التراخي
لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت للصلاة فكما انها في اخر وقتها تجوز كذلك الحج يجوز
في اخر العمر ولانه صلى الله عليه وسلم اخر الحج بعد نزول فرضيته فانها نزلت في سنة ست من الهجرة
وحج رسول الله صلى الله عليه وسلم في سنة عشر من الهجرة وابو حنيفة وابو يوسف استدلا
بقوله عليه السلام من وجد زادا وراحلة يبلغانه الى بيت الله ولم يحج فلا عليه ان يموت
يهوديا او نصرانيا وقال عمر رضي الله عنه لقد هممت ان انظر الى من له الزاد والراحلة ولم
يحج فاحرق عليهم بيوتهم والله ما اراهم مسلمين قالها ثلاثا واما تاخير النبي صلى الله عليه وسلم
فقد منع ذلك بعض مشايخنا وقالوا فرضية الحج بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت
وانه نزل في سنة عشر واما النازل في سنة ست فقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله
وهذا امر بالاتمام لمن شرع فيه فلا يثبت به ابتداء الفرضية مع ان التاخير
انما لا يحل لما فيه من التعريض للفوت ورسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يامن ذلك لانه مبعوث لبيان الاحكام للناس والحج
من اركان الدين فكان صلى الله عليه وسلم امن ان يموت قبل ان يبينه للناس بفعله

ولان تأخيره عليه السلام كان بعذر وهو ان المشركين كانوا يطوفون بالبيت عراة ويلبون تلبية
فيها شرك وما كان التعيين ممكنا للعهد فلما تمت المدة بعث عليا كرم الله وجهه حتى قرأ عليهم
سورة براءة من الله ورسوله ونادى في الناس الا لا يطوفن بهذا البيت بعد هذا العام مشرك ولا عريان
ثم حج في السنة القابلة بنفسه الشريفة ومن جملة اعذاره انه كان لا يستطيع الخروج وحده
بل يحتاج الى اصحاب يكونون معه ولم يكن ممكنا من تحصيل كفاية كل واحد منهم ليخرجوا معه فلهذا اخر
ثم ثمرة الاختلاف في ان الوجوب على الفور او على التراخي انما تظهر في حق الاثم لا في حق
القضاء والاداء ولا في حق نفي مشروعية التطوع قال فخر الاسلام قلنا ان التطوع بالحج
يصح ممن عليه الحج كالنفل ممن عليه الظهر بشرط اسلام فلا يجب على الكافر وحرية فلا يجب على العبد
لقول النبي صلى الله عليه وسلم ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وعقل فلا يجب على المجنون
لان العقل شرط صحة الاسلام وجميع التكاليف وكذا صحة الجوارح شرط لان العجز دونها لازم وبلوغ
فلا يجب على الصبي لقوله عليه السلام ايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات
باسرها موضوعة عن الصبيان وصحة فلا يجب على المريض لانه لا يستطيع وقدرة زاد وراحلة
يعني به القدرة بطريق الملك او الاستيجار بان يقدر على ما يكرى به شق محمل بفتح الميم الاولى وكسر الثانية
اي جانب هودج لان للمحمل جانبين ويكفي للراكب احد جانبيه او يكرى به رأس زاملة والزاملة
البعير الذي يحمل المسافر متاعه وطعامه من زمل الشيء حمله وان امكن ان يكرى عقبة اي يتعاقبان
في الركوب فرسخا فرسخا او منزلا منزلا فلا حج عليه لعدم الراحلة في جميع السفر وان لم يقدر عليهما
بطريق الملك والاستيجار لكن ابيح له الزاد والراحلة لا يجب عليه الحج كذا في الخلاصة ونفقة ذهابه وايابه
قال مولانا الفاضل يعقوب باشا في شرح قول تاج الشريعة له زاد وراحلة يعني ذهابا وايابا
فلا حاجة الى ذكر قيد ونفقة ذهابه وايابه بعد ذكر الزاد والراحلة كما وقع في المجمع انتهى
وقال صاحب العناية بعد قول صاحب الهداية وقدر النفقة ذاهبا وجائيا يعني بقدر الراحلة نفقة
وسط بغير اسراف وتقتير انتهى يقول الفقير تفسير صاحب العناية بقوله بقدر الراحلة يغني اغناء قوله
وراحلة عن قوله ونفقة ذهابه وايابه فقط لا اغناء قوله له زاد عنه لان نفقة الذهاب والاياب
لتحصيل الزاد فضلت عن حاجته الاصلية اي مسكنه وما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه
وقال محمد بن شجاع اذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما اشبه ذلك يجب عليه
ان يبيعه ويحج به وقوله فضلت لا يمكن ان يكون صفة لما قبله وهو ظ فيكون حالا بتقدير قد
على طريقة قوله تعالى او جاؤكم حصرت صدورهم وعن نفقة عياله الى حين عوده ووصوله اليهم
لان النفقة حق مستحق للعباد وحق العبد مقدم على حق الشرع لحاجته قال الله تعالى وقد فصل لكم
ما حرم عليكم الا ما اضطررتم وذكر الامام التمرتاشي في باب الرجل يصلي الفريضة في الجامع الصغير
ان المرأة اذا كانت تفور قدرها وهي في الصلاة جاز لها القطع وكذا المسافر اذا ندت دابته
وكذا لو خاف الراعي على غنمه من الذئب او رأى اعمى على حافة بئر وسعه قطع الصلاة
وفي هذا كله تقديم لحق العبد على حق الشرع لغناء الله تعالى وافتقار العبد كذا في النهاية
وروي عن ابي يوسف انه لا بد في وجوب الحج من كون النفقة فاضلة عن نفقة شهر بعد عوده الى الوطن
مع امن الطريق لانه لا يقدر على الوصول الى المقصود دونه ثم اختلف المشايخ فيه انه شرط الوجوب
او وجوب الاداء فمنهم من ذهب الى الاول لانه لا استطاعة الا به وهو مروي عن ابي حنيفة ومنهم من ذهب
الى الثاني لانه صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير وثمرة الخلاف تظهر
في وجوب الايصاء على من مات قبل الحج ولم يكن الطريق امنا فعند الاولين لا يلزمه الوصية
وعند الاخرين يلزمه ثم انهم قالوا ان كان بينه وبين مكة بحر فهو بمنزلة خوف الطريق
والفرات والدجلة والجيحون انهار وليست ببحار فلا تمنع الاستطاعة قال ابو الليث ان كان
الغالب في الطريق السلامة فهو امن يجب عليه الحج والا فلا وعليه الاعتماد وقال
ابو بكر الجصاص ببغداد ان الحج ساقط الآن لان البادية دار حرب قال شارح التحفة وقد انقطع في زماننا
بحماية السلطان يقول الفقير والآن بحمد الله كما ذكره الغالب فيه السلامة لان سلطان زماننا ابن الحلال

وفي هذه السورة قوله تعالى ولا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا لعله اختلافهم

وكالصدقة ممن عليه الدين

ف

مطلب حج الشاه اسمعيل السوادي

تمت الشرفية الى حراسة الحجاج فشكرا للملك القهار انه وفق العبد الضعيف الى اداء هذا النسك الشريف في سنة الف من هجرة من له العز والشرف
مع امن وسلامة بهمة ابينا المرحوم وبكرامة مرافقة شيخنا السابق في مضمار الجبروت الفائق في ارباب اللاهوت الشيخ شمس الدين السيواسي قدس سره العزيز

وزوج

وزوج او محرم للمرأة ان كان بينها وبين مكة مسافة سفر ولا تحج بلا احدهما
وقال الشافعي يجوز اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانه بدون المحرم يخاف عليها الفتنة
وتزداد بانضمام غيرها اليها فلا يفيد كون النساء الثقات معها يقول الفقير هذا الحديث
لا يثبت المدعى من وجهين الاول ان المدعى جواز حج المرأة اذا كان معها زوج او محرم
والحديث يدل على المحرم فقط الا ان يقال يعلم جوازه مع الزوج بالدلالة والثاني ان المدعى
شرطية كون الزوج او المحرم معها اذا كان بينها وبين مكة اقل مدة السفر والحديث يدل على الشرطية
مطلقا كما ترى تدبر واما اذا كان بينها وبين مكة اقل من مدة السفر فيباح لها الخروج
الى الحج بدون الزوج والمحرم ثم ان الاختلاف المذكور في امن الطريق من كونه شرط الوجوب او
وجوب الاداء ثابت في محرم المرأة ايضا والمراد بالمحرم من لا يجوز مناكحتها على التأبيد بقرابة
او رضاع او مصاهرة وعدم جواز الحج للمرأة اذا لم يكن معها احدهما غير مخصوص بالشابة
بل يشمل العجوز واذا لم يكن لها احدهما لا يجب عليها التزوج للحج كما لا يجب على الفقير اكتساب
المال لاجله وشرط كون المحرم عاقلا بالغا غير مجوسي ولا فاسق انما شرط هذه الاوصاف لان
الصبي والمجنون عاجزان عن صيانتها والمجوسي يستحل نكاحها والفاسق غير امين
ونفقته اي نفقة المحرم عليها اي على المرأة لانها تتوسل به الى اداء الحج فصار كشراء الراحلة
وعلف الدواب وتحج المرأة معه اي مع المحرم حجة الاسلام بغير اذن زوجها وقال
الشافعي له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق
الفرائض والحج منها حتى لو كان نفلا له ان يمنعها قال مولانا الفاضل سعدي افندي
هذا الدليل انما يصح اذا كان الوجوب على الفور ولعل هذا الخلاف مبني لا ابتدائي انتهى
يقول الفقير مراده من هذا الكلام انه لا يلزم عليها الوصية عند من يقول بوجوبها على
التراخي وهو محمد من علمائنا والا فلا وجه لخلاف الشافعي في هذه المسألة ابتداء
لانه قائل بالتراخي كمحمد ولما ذكر شرائط الوجوب على الاجمال فرع على بعضها بقوله
فلو احرم صبي او عبد فبلغ الصبي او عتق العبد فمضى في افعال الحج لا يجزئ عن فرضهما
لان احرامهما انعقد لاداء النفل لعدم الخطاب وعدم شرط الوجوب في حقهما فلا
ينقلب لاداء الفرض فان جدد الصبي احرامه للفرض قبل الوقوف بعرفة صح بخلاف العبد
لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية ولهذا لو تناول المحظورات لم يلزمه شيء فاذا كان
كذلك جاز الفسخ والشروع في غيره واما احرام العبد فلازم لكونه من اهل الالتزام بالعقل
والبلوغ فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره وان طاف وخرج من ذلك الاحرام فلا
يجزئه عن حجة الاسلام وفرضه اي فرض الحج الاحرام وهو شرط وعند الشافعي ركن
وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا احرم قبل اشهر الحج جاز عندنا لا عنده والوقوف بعرفة وطواف الزيارة
وهما ركنان اتفاقا فان فات واحد منهما بطل الحج ووجب القضاء في العام القابل
وواجبه الوقوف بمزدلفة ويسمى جمعا ايضا لان آدم عليه السلام اجتمع فيه مع حواء رضي
وازدلف اليها اي دنا وقال الشافعي انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام
وبمثله يثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله بالليل
ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا
الوجوب بقوله صلى الله عليه وسلم من وقف معنا هذا الموقف وقد افاض قبل ذلك من عرفات
فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب لانه علق به تمام الحج لا نفسه غير انه
اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه وان تركه
بغير عذر يلزمه الدم كذا في الهداية قال صاحب العناية ونسبة ركنيته الى الشافعي سهو
من قلم الكاتب لما انه ذكر في كتبهم ان الوقوف بمزدلفة سنة وذكر في المبسوط
الليث بن سعد مكان الشافعي هنا وذكر في الاسرار علقمة مكان الشافعي

وذكر في التحفة والايضاح وغيرهما الوجوب من غير ذكر خلاف احدا انتهى قال صاحب العناية بعد نقل عنا
عن صاحب النهاية ويجوز ان يكون المص قد اطلع على نقل من مذهبه وقال صاحب البيانية
وقد ذكر في وجيزهم ان وقوف المزدلفة سنة فلعل صاحب الهداية وجد نقلا صحيحا عن الشافعي
انه ركن انتهى يقول الفقير وعندي من كتبهم الكتاب المسمى بالنافع وقد وجدت فيه ركنيته
حيث قال الوقوف بالمشعر ركن فمن لم يقف به ليلا ولا بعد الفجر عامدا بطل حجه ولا يبطل لو
كان ناسيا ولو فات الموقفات بطل ولو كان ناسيا انتهى فيلزم ان يكون للشافعي فيه
قولان احدهما سنيته كما ذكر في الوجيز والثاني وجوبه كما ذكر في النافع ولعل صاحب الهداية
اطلع عليه ونقله والسعي بين الصفا والمروة وقال الشافعي انه ركن لقوله عليه السلام ان الله
كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله
يستعمل للاباحة كما في قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فهنا احتمل
للاباحة بنفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عن ظاهر الاية في الايجاب اي تركنا العمل بظاهر الاية
في نفي الايجاب عملا بما رواه لانه خبر واحد يوجب الايجاب او باول الاية وهو قوله تعالى
ان الصفا والمروة من شعائر الله فان الشعائر جمع شعيرة وهي العلامة ومثل ذلك يكون
فرضا فاول الاية دل على الفرضية واخرها على الاباحة فعملنا بهما وقلنا على الوجوب كذا في العناية
ورمي الجمار لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اتى منى لم يشتغل بشيء حتى رمى جمرة العقبة
وقال عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا واصل الحكم منه اتباع سنة الخليل عليه السلام
لانه لما امر بذبح الولد جاء الشيطان يوسوسه وكان ابراهيم يرميه بالاحجار طردا له فكان نسكا
وطواف الصدر اي الوداع للآفاقي خلافا للشافعي فان عنده سنة لانه بمنزلة طواف القدوم
الا ترى ان كل واحد منهما يأتي به الآفاقي دون المكي وما هو من واجبات الحج فالآفاقي والمكي فيه سواء
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من حج هذا البيت فليكن اخر عهده الطواف والامر على الوجوب
وانه رخص تركه للنفساء والحائض وفي ذلك ايضا دليل الوجوب والا لم يكن لتخصيص الرخصة بالحيض
فائدة وقوله والمكي والآفاقي في واجبات الحج سواء قلنا انما يكون اذا كانت العلة مشتركة
وههنا ليست كذلك لان علة هذا الطواف التوديع وهو ليس بموجود في حق المكي
ولا في حق من هو في المواقيت ولا من دونها والحلق او التقصير لانه عليه السلام
امر بهما ليس على راسه شعر ومن على راسه شعر بالطريق الاولى قال ابن ملك وجوب الحلق
مشروط بكونه ممكنا حتى لو كان على راسه قروح لا يمكن امرار الموسى عليه ولا تقصير
فقد حل بلا حلق وقيل انه سنة فحمل الامر على الاستحباب والحلق افضل لما سيأتي
فكل ما يجب بتركه الدم سيأتي تفصيل الكل عن قريب وغيرها سنن وآداب
سيأتي تفصيلها ايضا عن قريب واشهره اي اشهر الحج شوال وذو القعدة والعشر الاول
من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلاثة عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس
وليس عبد الله بن الزبير منهم في عرف الفقهاء ولهذا نقل عنهم واما في عرف المحدثين فالعبادلة
عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله بن مسعود منهم كذا في العناية
ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات فعلم ان هذا المراد في قوله تعالى
الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله كذا في الهداية قال مولانا الفاضل سعدي چلبي
فيه بحث لان طواف الافاضة يجوز في الحادي عشر والثاني عشر انتهى وقال مالك اشهر الحج
اول شوال الى اخر ذي الحجة ووجهه قوله تعالى الحج اشهر معلومات فانه جمع يقع على الكامل حقيقة
لا على الناقص ويكره الاحرام له اي للحج قبلها اي قبل اشهر الحج ولكن يجوز وينعقد
حجا خلافا للشافعي فانه عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده فلا يتحقق قبل اوانه
وشرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت فان قيل لو كان شرطا
لما كره قبلها كما لا تكره الطهارة قبل الوقت اجيب بان الكراهة ليست للتقديم على الوقت
بل لانه لا يقع في المحظور بطول الزمان ولان الاحرام تحريم اشياء كقتل الصيد ولبس المخيط

وايجاب اشياء كالاخذ والسعي وامثالهما وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان لا يقال هذا كله تعليل في مقابلة النص
وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال المهل بالحج في غير اشهر الحج مهل بالعمرة لان في سنده لالا على انه ليس بشرط حيث لم يصح تقديمه
الحديث شاذ جدا فلا يعتمد على مثله كذا في العناية

والمراد بالمص هنا صاحب الهداية على ما لا يخفى على ارباب الدراية — محرم

عند العبادلة

اي عند الائمة الثلاثة سوى مالك فان عنده اشهر الحج ثلاثة شهور شوال وذو القعدة وذو الحجة بتمامه — هنا محرم

والعمرة

والعمرة سنة مؤكدة وقال الشافعي فريضة لقوله عليه السلام العمرة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام
الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها اما عند الخصم فلان المحرم
بالحج قبل اشهر الحج يكون محرما بالعمرة واما بالاجماع فلان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة والفرض انما يتأدى
بنية النفل وتاويل ما رواه انها مقدرة باعمال الحج اولا تثبت الفرضية مع التعارض في الاثار
كذا في النهاية وههنا استشكال ذكره صاحب العناية مع جوابه فليطلب منه
والمواقيت اي المواقيت التي لا يجوز ان يتجاوزها الانسان الا محرما وهي جمع ميقات وهو الوقت المحدود
فاستعير للمكان كما استعير المكان للوقت في قوله تعالى هنالك الولاية اعلم ان البيت لما كان معظما
مشرفا جعل له حصن وهو مكة وحمى وهو الحرم وللحرم حرم وهو المواقيت حتى لا يجوز دونه
ان يتجاوزها الا باحرام تعظيما للبيت ثم اعلم ان قدر مسافة من هذه المواقيت الخمسة الى مكة
كم هي فمن ذات عرق الى بستان بني عامر اثنان وعشرون ميلا ومن البستان الى مكة اربعة
وعشرون ميلا ومن ذي الحليفة الى الجحفة التي هي ميقات اهل الشام ثمانية وسبعة وخمسون
ميلا ومنها الى مكة مائة ميل ومن المدينة الى ذي الحليفة ستة اميال ومن يلملم الى مكة مرحلتان
ومن قرن الى مكة مرحلتان وكل ثلاثة اميال فرسخ وكل ميل الفان وثلاثمائة وثلث وثلاث
خطوة ويكون الفرسخ على هذا القول سبعة الاف وكل اربعة فراسخ بريد ومن بغداد الى
مكة على طريق المدينة تسعمائة وثمانية وخمسون ميلا ثم اعلم ان البيت الشريف في وسط
المسجد الحرام والمسجد في وسط مكة والصفا والمروة خارج المسجد من الجانب الشرقي
والصفا في الجنوب والمروة في الشمال ومنى خارج مكة من الجانب الشرقي يميل الى الجنوب
قليلا ومزدلفة فوق منى من الجانب الشرقي ايضا وعرفات فوق مزدلفة من الجانب الشرقي
ايضا يميل الى الجنوب بحيث لو صلى رجل في موضع من هذه يتوجه الى المغرب الشمالي
كذا في النهاية للمدنيين ذو الحليفة بضم الحاء المهملة وفتح اللام وسكون الياء وبالفاء اسم
من ماء جشم على ستة اميال او سبعة من المدينة وللشاميين جحفة بضم الجيم وسكون
الحاء المهملة وبالفاء اسمها في الاصل مهيعة سميت بها لان السيل جحف اهلها اي استأصلهم
وللعراقيين ذات عرق بكسر العين وسكون الراء المهملتين وللنجديين قرن قال
الجوهري ونجد من بلاد العرب وهو خلاف الغور والغور تهامة وكل ما ارتفع من تهامة الى
ارض العراق فهو نجد وقرن بفتح القاف وسكون الراء جبل مشرف على عرفات قال صاحب
القاموس والقرن بسكون الراء جبل وميقات لاهل نجد وغلط الجوهري في تحريكه و
نسبة اويس القرني اليه لانه منسوب الى قرن بن رومان بن ناجية بن مراد احد اجداده انتهى
ولليمنيين يلملم بفتح الياء المثناة التحتانية واللامين مع سكون الميم جبل من جبال تهامة
على مرحلتين من مكة قال صاحب القاموس يلملم او ململم او يرمرم ميقات اليمن على مرحلتين
من مكة وفي بعض نسخ القاموس او الملم لاهلها ولمن مر بها من غير اهلها هكذا وقت
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء فان قيل كيف كان التوقيت لاهل
العراق والشام ولم يكونوا مسلمين اجيب بانه صلى الله عليه وسلم علم بطريق الوحي ايمانهم فوقت لهم
ويحرم تأخير الاحرام عنها لمن قصد دخول مكة وهو فائدة التوقيت لانه يجوز التقديم عليها
بالاتفاق وعن هذا قال وجاز التقديم اي تقديم الاحرام على المواقيت لما روي ان ابن
مسعود احرم من الشام وابن عمر من بيت المقدس وهو افضل اذا ملك على نفسه من الوقوع في المحظور
قال صاحب الاختيار وهو افضل لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما
اتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهله ولانه اشق على النفس فكان افضل قال ابو حنيفة الاحرام
من مصره افضل اذا ملك نفسه في احرامه وحل لمن هو داخلها اي داخل المواقيت
دخول مكة غير محرم لانه يكثر دخول مكة لحوائجه فيتحرج في ذلك فصار كالمكي
اذا خرج ثم دخل بخلاف ما اذا دخل للحج لانه لا يتكرر فانه لا يكون في السنة
الا مرة فلا يتحرج وكذا لاداء العمرة لانه التزمها بنفسه .ه

ووقته او وقت من هو داخلها الحل الذي بين المواقيت والحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله
فلما جاز هنا جاز ان يحرم من اي موضع شاء من الحل لانه باو وراء المقات الى الحرم مكان واحد
والحل بالكسر ما جاوز الحرم كذا في القاموس والوقت للمكي في الحج الحرم وفي العمرة الحل
لانه صلى الله عليه وسلم امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة
رضي الله عنها ان يعمرها في اداء العمرة من التنعيم وهو في الحل قال صاحب القاموس التنعيم
موضع على ثلاثة اميال او اربعة من مكة اقرب الى اطراف الحل الى البيت سمي به لان على
يمينه جبل نعيم وعلى يساره جبل ناعم والوادي اسمه نعمان انتهى ثم ان صاحب النهاية ذكر
في هذا المحل بعض فضائل الحج فلا باس علينا ان نذكره تبركا حيث قال
ثم اعلم ان الاحاديث التي وردت في فضائل الحج اوردها الثقات في كتبهم منها ما ذكره الامام
العالم جمال الدين رحمه الله في مناسكه قال النبي صلى الله عليه وسلم اعظم الناس ذنبا من وقف
بعرفة وظن ان الله لم يغفر له وقال عليه السلام ان الحجر ياقوتة من يواقيت الجنة وانه
يبعث يوم القيمة له عينان يبصر بهما ولسان ينطق ويشهد لمن استلمه بحق وصدق
وكان صلى الله عليه وسلم يقبله كثيرا وقال عليه الصلاة والسلام حجة مبرورة
خير من الدنيا وما فيها والحجة المبرورة ليس لها جزاء الا الجنة وقال صلى الله عليه وسلم
الحجة المبرورة كفارة سبعين سنة وصرح في الخبر النظر الى الكعبة بغير طواف ولا
صلوة افضل عند الله من عبادة سنة بصيام نهارها وقيام ليلها وروي عن
الحسن البصري انه صوم في مكة يعدل بمائة الف يوم في غيرها وتصدق
درهم يعدل بمائة الف درهم وكذا كل حسنة تعدل بمائة

فصل

لما فرغ من ذكر المواقيت شرع في ذكر كيفية الاحرام الذي يفعل في تلك المواقيت والاحرام لغة مصدر احرم
كاشتى اذا دخل في الشتاء وفي عرف الفقهاء تحريم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فان من
العبادة ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج ومنها ما ليس له ذلك كالصوم والزكاة
واذا اراد الاحرام ندب ان يقلم اظفاره ويقص شاربه ويحلق عانته هو المتوارث
ولانه انظف للبدن فكان احسن ثم يتوضأ او يغتسل وهو اي الاغتسال افضل لانه عليه السلام
اغتسل ولان المراد منه التنظيف وهو ابلغ ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة
ويغتسل الحائض والنفساء ايضا لما ذكرنا انه للتنظيف وروي ان ابا بكر رضي الله عنه
قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله ان اسماء نفست فقال مرها فلتغتسل
ولتحرم بالحج ومعلوم ان الاغتسال الواجب لا يتادى مع وجود الحيض فكان لمعنى النظافة
ويلبس ازارا ورداء جديدين ابيضين لانه صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى
عند احرامه لانه ممنوع عن لبس المخيط وفيه نفي لقول من يقول بكراهة الجمع بين الاحرام
والازار من الحقو الى الحضر والرداء من الكتف لانه صلى الله عليه وسلم ائتزر
وارتدى اي لبس الازار والرداء يدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر
ويبقي كتفه الايمن مكشوفا ولا يزره ولا يعقده ولا يخلله فان فعل ذلك كره
ولا شيء عليه وهو ان كونهما جديدين ابيضين افضل لانه اقرب الى النظافة قال عليه السلام
خير ثيابكم البيض ولو كانا غسيلين او لبس ثوبا واحدا يستر عورته جاز
لحصول المقصود ويتطيب ان وجد قالت عائشة رضي الله عنها كنت اطيب رسول الله صلى
الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم ويجوز اي طيب كان في ظاهر الرواية وروي المعلى عن محمد
انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام كالمسك والغالية قال محمد كنت
لا ارى به باسا حتى رايت قوما احضروا طيبا كثيرا ورايته امرا شنيعا وكرهته واستدل
عليه بما روي عن النبي عليه السلام انه راى اعرابيا عليه خلوق فقال اغسل عنك هذا الخلوق

وهو قول مالك والشافعي ايضا لانه يكون منتفعا بالطيب بعد الاحرام في الموضع الثاني وجه
المشهور ما روينا عن عائشة رضي الله عنها انفا وهو مطلق يشمل جميع الطيب اي طيب كان
ولان المحرم عن المحرم التطيب بعد الاحرام والباقي كالتابع له لاتصاله ببدنه ولا حكم للمتبع
فيكون بمنزلة العدم ويصلي ركعتين لما روي جابر رضي ان النبي عليه السلام
صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وروي انه عليه السلام قال اتاني ات من ربي
بالعقيق فقال صل في هذا الوادي المبارك وقل لبيك بحجة وعمرة ويقرا فيهما ما شاء
وان قرا في الاولى بفاتحة الكتاب وقل يا ايها الكافرون وفي الثانية بفاتحة الكتاب
وقل هو الله احد تبركا بفعله صلى الله عليه وسلم كان افضل فان كان
مفردا على صيغة اسم الفاعل من الافراد بالحج يقول عقيبهما اي عقيب الركعتين
اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداء الاركان في ازمنة متفرقة و
اماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة وان نوى بقلبه ولم يقل بلسانه
اجزاه لحصول المقصود والاول اولى والاخرس يحرك لسانه ولو نوى مطلق الحج
يقع عن الفرض ترجيحا لحاجته وهو الظاهر من حاله لان العاقل لا يتحمل المشاق العظيمة في
اخراج الاموال الكثيرة الا لاسقاط الفرض اذا كان عليه وان نوى التطوع وقع تطوعا
اذ لا اداء لانه مع التصريح والوقت ليس بمعيار بل مشكل يشبه الظرف ثم يلبي
اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابن عباس رض
في دبر صلاة وقال ابن عمر رضي الله عنهما حين استوى على راحلته وروي عن سعيد بن جبير
قلت لابن عباس رض كيف اختلف الناس في وقت تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم
وما حج الا مرة واحدة فقال انه صلى الله عليه وسلم لبى في دبر صلوته فسمع قوم ذلك فنقلوا
وكان القوم ياتونه فوجا فوجا فلبى حين استوى على راحلته فسمع قوم فظنوها
اول تلبية فنقلوا ذلك ثم لبى حين علا البيداء فسمع قوم آخرون فظنوها اول التلبية
فنقلوا ذلك وايم الله ما اوجبها الا في مصلاه فقلنا بان الاتيان بقول ابن عباس
افضل لانه اكثر بالبيان والاتيان بقول ابن عمر جائز فيقول لبيك اللهم لبيك
لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك والتلبية
مشتقة من قولهم الب الرجل اذا اقام في مكان فاصل قول القائل لبيك الب لك البابين
اي اقيم بخدمتك وطاعتك وامتثال امرك ولا ابرح عن مكاني اقامة كثيرة متتالية
لان التثنية للتكرير والتكثير كما في قوله تعالى فارجع البصر كرتين اي رجعا مكررا كثيرا
فحذف الب لدلالة المصدر عليه واقيم هو مقامه ورد الى الثلاثي بحذف زوائده
ثم حذف حرف الجر من المفعول واضيف المصدر اليه فصار لبيك ويجوز ان يكون
من لب بالمكان بمعنى الب فلا يكون محذوف الزوائد وقيل هي مشتقة من داري
تلب داره اي تواجهها فمعنى قوله لبيك اتجاهي اليك وقيل هي مشتقة من قولهم امراة
لبة اي محبة لزوجها فمعناه محبتي لك يا رب ثم انه لا خلاف في ان التلبية جواب الدعاء
فقيل الداعي هو الله تعالى كما قال تعالى فاطر السموات والارض يدعوكم ليغفر لكم
وقيل الداعي رسول الله عليه الصلاة والسلام كما قال ان سيدا بنى دارا واتخذ فيها
مادبة وبعث داعيا واراد بالداعي نفسه الكريمة والاظهر ان الداعي هو الخليل عليه
وعلى نبينا الصلاة والسلام على ما روي انه لما فرغ من بناء البيت امر بان ينادي الناس بالحج
فصعد ابا قبيس وقال الا ان الله تعالى امر ببناء بيت له فبني الا فحجوا
فبلغ الله صوته الناس في اصلاب ابائهم وارحام امهاتهم فمنهم من اجاب مرة ومنهم
واكثر من ذلك على حسب جوابهم يحجون وبيان هذا في قوله تعالى واذن في الناس
بالحج ياتوك رجالا وعلى كل ضامر الاية فالتلبية اجابة لدعاء الخليل عليه وعلى نبينا
صلوات الله وسلامه كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والفوائد الظهيرية هـ

بين

لبيك اللهم لبيك

وهو قول

قال مولانا الفاضل سعدي افندي كيف يجاب الخليل عليه السلام بلبيك اللهم فانه لا يجاب به
والجواب ان المراد اجابة لدعوة الله الصادرة عن لسان الخليل عليه وعلى نبينا صلوات الله وسلامه
تأمل وقوله ان الحمد بكسر الالف هكذا روي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم تلبية رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا بفتحها لان بكسر الالف يكون ابتداء بالثناء وبفتح الالف يكون وصفا لما تقدم
وبناء على ما قبله فيكون معناه لان الحمد او بان الحمد وابتداء الثناء اولى ثم ظاهر المذهب عندنا
ان غير هذا اللفظ من الثناء والتسبيح يقوم مقامه في حق من يحسن التلبية او لا يحسن وكذلك
لو اتى بها بالفارسية فهي والعربية سواء اما على قول ابي حنيفة فظاهر لان لفظ الفارسية والعربية
في تكبيرة الافتتاح عنده سواء ومحمد يفرق بينهما حيث يجيز هاهنا لان غير الذكر هاهنا يقوم
مقام الذكر وهو تقليد الهدي فكذلك غير العربية يقوم مقام العربية بخلاف الصلاة
وبهذا فرق ابو يوسف ايضا بين الصلاة والتلبية ولكن العربية افضل ولا ينقص منها
قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل لو قال اللهم ولم يزد عليه كان على الاختلاف الذي ذكرنا
في الشروع فمن قال يصير به شارعا في الصلاة قال يصير محرما ومن قال لا فلا
ويجوز الزيادة خلافا للشافعي في رواية البدايع عنه وهو اعتبره بالتشهد من حيث انه ذكر
منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم زادوا على الماثور
قال عبد الله بن مسعود رض اجهل الناس ام طال بهم العهد من الزاد لبيك واراد بالعهد
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزاد في رواية لبيك حقا حقا تعبدا ورقا لبيك
عدد التراب لبيك لبيك ذا المعارج لبيك اسبك اله الخلق لبيك لبيك والرغباء
اليك لبيك من عبد ابق اليك وعن عمر رضي الله عنه انه كان يقول لبيك ذا النعماء
والفضل الحسن لبيك مرهوبا ومرغوبا اليك وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال لبيك و
سعديك والخير كله بين يديك اله الخلق غفار الذنوب لبيك ستار العيوب لبيك
كشاف الكروب لبيك واما الجواب عن التشهد فانه روي في تعلم التشهد زيادة
التاكيد قال ابن مسعود رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا
سورة من القران ولان شرعية التشهد فانما يكره الزيادة بعدما ادى حق النظم المنقول
لان فيه اخلالا بنظم الصلاة كما يكره تكرار التشهد حتى اذا كان في اخر الصلاة لا يكره لانه
لانه فرغ من افعال الصلاة وكذلك في الاذان لانه للاعلام وقد صار معروفا بهذه الكلمات
فلا يقع اعلاما بغيرها واذا لبى ناويا بالحج فقد احرم اي صار محرما ولا يصير شارعا في الاحرام
بمجرد النية ما لم يات بالتلبية ولا يصير شارعا فيه بالتلبية ما لم ينو اما الاول فلانه عقد
على اداء عبادة تشتمل على اركان مخصوصة وكل ما كان كذلك فلا بد للشروع فيه من ذكر
يقصد به التعظيم سواء كانت تلبية او غيرها عربية او غيرها في المشهور كما ذكرنا
او ما يقوم مقام الذكر كتقليد الهدي فانه يقوم مقامها في حصول المقصود وهو اظهار الاجابة
للدعوة وقال الشافعي في احد قوليه يصير شارعا بمجرد النية لانه التزم الكف عن ارتكاب
المحظورات وكل ما كان كذلك يحصل الشروع فيه بمجرد النية كالصوم والجواب
انا لا نسلم انه في الاحرام التزم الكف بل التزم اداء الافعال والكف ضمني لانه محظورات الحج
بخلاف الصوم فان الكف فيه ركن فكان التزامه قصديا واما الثاني فلان العبادات لا تتادى
الا بالنية فليتق الرفث وهو الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء فقد
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه لما انشد قوله • وهن يمشين بنا هميسا •
ان يصدق الطير ننك لميسا • فقيل له اترفث وانت محرم فقال انما الرفث ما خوطب به
والضمير في هن يرجع الى الابل والهميس صوت نقل اخفافها والميس اسم جارية والمعنى نفعل بها ما نريد ان
يصدق الفال والفسوق هي المعاصي والجدال وهو ان يجادل رفيقه وخالف وجادله وقيل مجادلة المشركين
في تقديم وقت الحج وتاخيره والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي
وقتل صيد البر لقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم وقيد البر احترازا عن البحر فان صيده جائز على ما سيأتي

ان شاء الله تعالى

والاشارة اليه

والاشارة اليه والدلالة عليه الاشارة تقتضي الحضرة والدلالة الغيبة لحديث ابي قتادة
انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فسالوا النبي صلى الله عليه وسلم عن لحمه
فقال عليه السلام لاصحابه هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال عليه السلام اذا فكلوا
ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين وقتل القمل ولانه ازالة الشعث
فيكون ارتفاقا ويجوز له قتل البراغيث والبق والذباب والحية والعقرب والفارة والذئب والغراب
والحداة وسائر السباع اذا صال عليه لما سياتي والتطيب لقوله عليه السلام الحاج الشعث
التفل الشعث بالكسر نعت وبالفتح مصدر وهو انتشار الشعر وتغيره لعلة التعهد والتفل
بكسر الفاء فعل تفل كفرح من التفل بفتح الفاء وهو ترك التطيب حتى يوجد منه رائحة كريهة
وقلم الظفر وهو بالضم وبضمتين وبالكسر شاذ كذا في القاموس وحلق شعر راسه وبدنه وقص لحيته
لما فيهما ازالة الشعث وقضاء التفث وقد قال تعالى ولا تحلقوا رؤسكم وهو بعبارته نهي
عن حلق الراس وبدلالته عن حلق شعر البدن لان الشعر له حياة نامية فيمنع فيزداد
فاذا نهي عن حلق الراس استحق شعر راسه الامن عن الازالة فيثبت كما هو بمعناه وشعر
البدن في معناه فيلحق به في حق استحقاق الامن عن الازالة والتفث جاء في التفسير واهل
اللغة لا يعرفون قالوا التفث الاخذ من الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق
العانة والاخذ من الشعر وقيل التفث الوسخ وقيل هو قشف الاحرام اي قذر الجلد
ورثاثة الهيئة بسبب المكث في الاحرام وقال قال الله تعالى ليقضوا تفثهم وقضاؤه
بحلق الراس والاغتسال فلا يجوز ما دام في الاحرام وستر راسه او وجهه وقال
الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام احرام الرجل في راسه واحرام المراة في وجهها
ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه يبعث يوم القيمة ملبيا قاله في المحرم توفي
ولان المراة لا تغطي وجهها اجماعا يعني ان في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى
وفائدة ما رواه الفرق في تغطية الراس يعني فائدة الحديث الذي رواه الشافعي الفرق
بين الرجل والمراة في تغطية الراس يعني يجوز لها تغطية الراس لان اثر احرامها في وجهها
لا في راسها ولا يجوز له لان اثر احرامه في راسه لا ان يغطي الرجل وجهه في الاحرام
وفي العناية استشكال في الحديث الكافي استدل للناس بجوابه فاطلب عنه
وغسل راسه ولحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس قيل بوجوب غذية
المعينين تتكامل الجناية فيجب الدم عند ابي حنيفة اذا غسل راسه بالخطمي على ان له رائحة وان
لم تكن شديدة وفي قول ابي يوسف عليه صدقة لانه ليس بطيب بل هو كالاشنان يغسل به
الراس لكنه يقتل به الهوام ولبس قميص وسراويل وقباء او عمامة او قلنسوة او خفين
الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما من اسفل الكعبين لما روي انه عليه السلام نهى ان يلبس المحرم
هذه الاشياء وقال في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين
فان لم يجد ازارا شق سراويله واتزر به وان لم يجد رداء شق قميصه وارتدى به وكذا
الخفان ان لم يجد نعلين لان هذه الاشياء تخرج عن كونها مخيطا بما ذكرنا وهو الذي بقيته على
والتكليف بحسب الوسع وان القى على كتفيه قباء جاز لم يدخل يديه في كميه لانه حال لا يلبس
كذا في الاختيار والمراد بالكعب هاهنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك
دون الناتي وعلى هذا قال المتاخرون من مشايخنا لا باس للمحرم بان يلبس المشك لانه
لا يستر الكعب فهو بمنزلة النعلين والمشك لغة بغدادية بضم الاول وفتحه وسكون الثالث
بالفارسية كفش كذا في النهاية ولبس ثوب صبغ بزعفران او ورس او عصفر لقوله عليه السلام
لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس والورس صبغ اصفر وفي القاموس الورس
شيء احمر قاني يشبه سحيق الزعفران وهو مجلوب من اليمن الا ما غسل حتى لا ينفض
لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له فلا يكون في معنى

او مرح به الحديث وهو الورس والزعفران المحقق به

قلنا حديث الورس دليل في المعصفر بالاولوية لانه فوق الورس في طيب الرائحة وهو مذهب الشافعي قال صاحب العناية واعترض على المصنف بان الفقه ورد به هو ينفض على بناء الفاعل لانهم يقولون نفضت الثوب انفضه نفضا اذا حركته ليسقط ما عليه والثوب ليس بناقض بل هو منفوض وقيل بل هي على بناء المفعول ولئن كانت على بناء الفاعل كان اسناده مجازيا بان يسند الفعل الى الثوب وان كان في الحقيقة لصاحب الثوب فيكون المعنى الا ان يكون غسيلا لا ينفض الثوب صبغه قال مولانا الفاضل سعدي افندي يكون كقولك اقدمني على بلدك حق لي على فلان على ما حقق في كتب البلاغة ويجوز له ان يحرم الاغتسال الا ان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم ودخول الحمام لان الصحابة كانوا لا ينهون عنه ولا الاستظلال بالبيت والمحمل لان الحرام اللبس ولم يوجد وقال مالك يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبهه لانه يشبه تغطية الرأس ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه الا يرى انه يجوز له دخول المسجد وروي انه رفع ثوب للنبي عليه السلام على عود فاستظل به من الحر وشد الهميان في وسطه الهميان بكسر الهاء ما يوضع فيه الدراهم والدنانير وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان وكذا الالباس المنطقة ولبس الخاتم وعن ابي يوسف انه يكره المنطقة اذا كان ابريسما وتقاتله فروق لانه لما اذن في قتل الخمس الفواسق لاحتمال الاذى فلان يؤذن في قتل ما يتحقق منه الاذى كان اولى كذا في الاختيار ويكثر التلبية رافعا بها صوته عقيب الصلوات وكلما علا شرفا اي مكانا مرتفعا الشرف بفتحتين المكان المرتفع او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار عطف على قوله عقيب الصلوات لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلاة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال على ما ذكرنا في باب صفة الصلاة وزاد الاعمش سادسا وهو اذا استعطف الرجل راحلته ويرفع صوته بها لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج العج رفع الصوت بالتلبية والثج اراقة الدماء والمستحب عندنا في الدعاء والاذكار الاخفاء الا اذا تعلق باعلامه مقصود كالاذان والخطبة وغيرهما والتلبية للاعلام بالشروع فيما هو من اعلام الدين فكان رفع الصوت بها مستحبا

فصل

فاذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كما دخل مكة ولان المقصود زيارة البيت فيدخلها من باب بني شيبة ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لان دخول مكة يستوي فيه الليل والنهار وانما دخل النبي صلى الله عليه وسلم نهارا مخافة السرقة ولالتباس على الناس اين ينزل وكيف ينزل كذا في البناية وما روي ان عمر رضي الله عنه كان ينهى الناس عن دخول مكة ليلا فلانه كان لمخافة السراق ايضا وعن السبطين رضي الله عنهما انهما دخلا مكة ليلا ويستحب ان يقول عند دخولها اللهم هذا حرمك ومأمنك قلت وقولك الحق ومن دخله كان آمنا اللهم فحرم لحمي ودمي على النار وآمني من عذابك يوم تبعث عبادك ويدخل المسجد حافيا الا ان يستضر ويقول عند دخوله بسم الله وعلى ملة رسول الله الحمد لله الذي بلغني بيته الحرام اللهم افتح لي ابواب رحمتك ومغفرتك وادخلني فيها واغلق عني ابواب معاصيك وجنبني العمل بها فاذا عاين المناسب واذا بالواو وقد البيت كبر وهلل ويستحب ان يقول الله اكبر الله اكبر اللهم انت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام وادخلنا دار السلام اللهم زد بيتك هذا تشريفا وتعظيما اللهم تقبل توبتي واقل عثرتي واغفر خطيئتي يا حنان يا منان ومعنى التكبير حين عاين البيت ان يقول الله اكبر من هذه الكعبة المعظمة

ومعنى التهليل

ومعنى التهليل ان يتبرأ من كل شيء اليه تعالى ويتبرأ من قطع شركة الغير في الالوهية وكمال العظمة كانه يقول لا تظنوا من تعظيمي هذه البقعة الشريفة وشد الرحال اليها من ابعد ابعاد السفر اني اعبدها كلا لا اعبد الا ربها وتعظيمي اياها بهذه المرتبة تعبدي لا اعظم الا صاحبها قال صاحب الهداية وكان ابن عمر يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن وعن عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اذا لقي البيت اعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر وابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل المسجد وابتدأ بالحجر الاسود واستقبله وكبر وهلل ولا يبدأ بغيره الا ان يكون القوم في الصلاة فيدخل معهم رافعا يديه كالصلاة لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر وقال ابو يوسف في الاملاء يستقبل بباطن كفيه القبلة عند افتتاح الصلاة واستلام الحجر وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين ويستقبل بباطن كفيه الى السماء عند رفع الايدي على الصفا والمروة وبعرفات وعند الجمرتين ويقبله اي الحجر ان استطاع من غير ايذاء باحد قال ابن الهمام يعني بعد الرفع للافتتاح والتكبير والتهليل يقبله وكيفيته ان يضع يديه على الحجر ويقبله ثم هذا التقبيل لا يكون له صوت وهل يستحب السجود على الحجر عقيب التقبيل فعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يقبله ويسجد عليه بجبهته وقال رأيت عمر رضي الله عنه قبل وسجد عليه ثم قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل هكذا ففعلته رواه ابن المنذر والحاكم في صحيحه الا ان الشيخ قوام الدين الكاكي قال وعندنا الاولى ان لا يسجد لعدم الرواية في المشاهير ونقل السجود عن اصحابنا الشيخ عز الدين في مناسكه انتهى وشرط التقبيل عدم ايذاء احد لما روي انه عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وبكى طويلا ثم نظر فاذا هو بعمر فقال يا عمر ههنا تسكب العبرات وقال انك رجل ايد قوي تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن اذا وجدت فرجة فاستلم والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب ومعنى هذا قال او يستلم ان لم يقدر على التقبيل يقال استلم الحجر وتناوله باليد او بالقبلة والمراد هنا تناوله باليد لانه عطف على يقبله والمعطوف يجب ان يكون غير المعطوف عليه او يمسه اي بالحجر شيئا كان في يده ويقبله اي ذلك الشيء ان لم يقدر على تناوله باليد لما روي انه صلى الله عليه وسلم طاف على راحلته واستلم الحجر بمحجنه وهو عود معوج الرأس يقال له جوكان او يشير اليه اي الى الحجر مستقبلا ان لم يستطع شيئا مما ذكر قبله مكبرا مهللا حامدا لله تعالى مصليا على النبي صلى الله عليه وسلم قيل الحكمة في استلام الحجر ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى لما اخذ الذرية من ظهر آدم وعهدهم بقوله الست بربكم قالوا بلى كتبه في رق واودعه في الحجر فمن يستلم الحجر فهو كانه يجدد عهده السابق والحجر يشهد له في يوم القيمة روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته اتى الحجر الاسود فوقف ثم قال اما اني اعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا اني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم استلمك لما استلمتك فبلغ مقالته عليا كرم الله وجهه فقال لا ان الحجر ينفع ويضر وقال ما منفعته يا ختن رسول الله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الله تعالى لما اخذ الذرية الى آخره وسبيل المشهود له ان يكرم الشاهد وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال الحجر الاسود يمين الله في الارض يصافح بها عباده ثم قال هذا مثل واصله ان الملك اذا صافح رجلا قبل الرجل يده وكان الحجر بمنزلة اليمين للملك تستلم ان امكن وان لم يكن تمس الحجر شيئا في يده ان امكن والا يشير اليه مستقبلا به ثم انه اذا استقبل الحجر يقول عند ذلك بسم الله الله اكبر اللهم ايمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك اللهم هذا البيت بيتك وهذا الحرم حرمك وهذا الامن امنك وهذا مقام العائذ بك من النار

ويطوف بعد الاستلام آخذا اي شارعا عن يمينه اي جانب يمينه اي يمين نفسه وهو يلي الطائف
مما يلي الباب اي باب الكعبة فيكون ابتداء الطواف من الحجر الاسود الى جانب الباب
قال صاحب النهاية والعناية واما لو افتتح الطواف من غير الحجر الاسود لم يذكر محمد هذا الفصل
في الاصل وقد اختلف فيه المتاخرون بعضهم قالوا لا يجوز وهكذا ذكر في الرقيات
ووجهه ان الامر بالطواف مجمل في حق البداية فالتحق فعل النبي عليه السلام بيانا له فيفترض البداية
وبعضهم قالوا يجوز لان الامر بالطواف مطلق لكن السنة البداية بالحجر وانما قيد بقوله
آخذا عن يمينه فانه لو اخذ عن يساره فهو الطواف المنكوس انتهى ما فيهما
وقد اضطبع رداءه قال صاحب المذهب والصواب وقد اضطبع برداءه بان جعله اي الرداء
تحت ابطه الايمن والقى طرفيه اي طرفي الرداء على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الجوهري وانما سمي هذا اضطباعا لابداء
الضبعين يقول الفقير المناسب لابداء احد الضبعين كما قال صاحب القاموس
والواقع في الطائف ابداء احدهما لا ابداؤهما كما نرى ويجعل وراء الحطيم حتى لو طاف ما
بينه وبين البيت لا يجوز وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر
وسمي ايضا حجرا بكسر الحاء لانه حجر منه اي منع فيكون الحطيم فعيلا بمعنى مفعول ويمكن ان يكون بمعنى
لما روي في الحديث من دعا على من ظلم حطمه الله فيكون حاطما وانما يجعل الطواف وراء الحطيم
لانه من البيت لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها نذرت ان فتح الله مكة على رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان تصلي في البيت ركعتين فلما يسر الله الفتح اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدها
وادخلها في الحطيم وقال صلي هنا فان الحطيم من البيت الا ان قومك قصرت بهم النفقة فاخرجوه
من البيت ولولا حدثان قومك بالجاهلية لنقضت بناء البيت واظهرت قواعد الخليل ابراهيم
وادخلت الحطيم فيه والصقت العتبة بالارض وجعلت له بابا شرقيا وبابا غربيا ولئن عشت
الى قابل لافعلن ذلك فلم يعش ولم يتفرغ لذلك احد من الخلفاء الراشدين حتى كان زمن
عبد الله بن الزبير رض وكان سمع الحديث منها ففعل ذلك واظهر قواعد الخليل عليه السلام
وبنى البيت على قواعده بمحضر من الناس وادخل الحطيم في البيت فلما قتل كره الحجاج بناء
الكعبة على ما فعل ابن الزبير فنقض بناءه واعاد على ما كان عليه في الجاهلية واذا كان الحطيم
من البيت فلابد من ادخاله في الطواف قال الزيلعي ليس كله من البيت لقوله عليه السلام
ستة اذرع من الحجر من البيت وما زاد ليس من البيت لا يقال لو استقبل الحطيم في
الصلاة لا يجوز صلاته ولو كان من البيت لجازت لانا نقول ان كون الحطيم من البيت
انما ثبت بخبر الواحد وفرضية استقبال الكعبة ثبتت بالنص فلا يتادى بما ثبت بخبر الواحد
والحاصل انه يحتاط في الصلاة والطواف جميعا واذا بلغ الطائف مقابل الباب يقول
اللهم بيتك عظيم ووجهك كريم وانت ارحم الراحمين واعذني من النار ومن الشيطان الرجيم
وحرم لحمي ودمي على النار وآمني من اهوال يوم القيمة واكفني مؤنة الدنيا والآخرة
واذا بلغ الركن العراقي يقول اللهم اني اعوذ بك من الشرك والشك والنفاق والشقاق
وسوء الاخلاق وسوء المنظر في الاهل والمال والولد واذا بلغ الميزاب يقول اللهم
اظلني تحت عرشك يوم لا ظل الا ظلك ولا باقي الا وجهك يا ارحم الراحمين اللهم اسقني بكاس
محمد عليه الصلاة والسلام شربة لا اظما بعدها ابدا واذا بلغ الركن الشامي يقول
اللهم اجعله حجا مبرورا وسعيا مشكورا وذنبا مغفورا وتجارة لن تبور يا عزيز يا غفور
وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم واذا بلغ الركن اليماني يقول اللهم اني اعوذ بك
من الكفر واعوذ بك من الفقر ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات واعوذ بك
من الخزي في الدنيا والآخرة ويقول فيما بين الركن اليماني والحجر ربنا آتنا في الدنيا حسنة
وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار وعذاب القبر ويقول ايضا عند الحجر اذا بلغه اللهم اغفر لي
برحمتك واعوذ برب هذا الحجر من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر

وعند الشك

وهذا الذي ذكره بناء على اشتراط واحد وفي المذهب الشوط جرية الى الغاية سبعة اشواط مفعول يطوف
من قوله ويطوف آخذا ويرمل الرمل ان يهز اي يحرك في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين
في الثلاثة الاول منها اي من الاشواط السبعة اعلم ان الرمل في الاشواط الثلاثة الاول
وقال ابن عباس رضي الله عنهما لا رمل في الطواف وانما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو قول الفقهاء
وبيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم لما قدم مكة للعمرة عام الحديبية صده المشركون عن البيت
فصالحهم على ان ينصرف ثم يرجع في العام الثاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج فلما كان
في العام الثاني اخلوا له البيت ثلاثة ايام فاضطبع رسول الله صلى الله عليه وسلم ورمل
وقال لاصحابه رحم الله امرأ اري من نفسه قوة لان المشركين قالوا ان حمى يثرب قد
اوهنتهم فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا القول منهم فاضطبع هو ورمل وقال
لاصحابه ذلك فاذا كان ذلك لاظهار الجلادة بين يدي المشركين وقد انعدم ذلك المعنى
فلا معنى للرمل قلنا ما ذكره ابن عباس رضي الله عنهما سببه ولكن صار سنة بعد زوال السبب
وبقي بعد زواله كرمي الجمار سببه رمي الخليل الشيطان ثم بقي ابدا وكقصر الصلاة في
الرباعية في السفر سببه المشقة ثم بقي بلا مشقة وتفصيل اصله في الاصول
وروى جابر وابن عمر رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بهم العرض في حجة الوداع ورمل في
الثلاث الاول ولم يبق المشركون بمكة عام حجة الوداع وروي ان عمر رضي الله عنه لما اراد الرمل
في طوافه قال يا غلام اهز كتفي وليس ههنا احد اراه ولكني رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يفعله فافعل اتباعا له والرمل من الحجر الى الحجر وهذا عندنا وقال سعيد بن جبير لا رمل
بين ركن اليماني والحجر وروي في بعض الآثار ان النبي عليه السلام كان يرمل من الحجر الى
الركن اليماني لان المشركين كانوا يطلعون عليه فاذا تحول الى الجانب الآخر حال البيت
بينه وبينهم فكان لا يرمل لكنا ناخذ بحديث جابر وابن عمر انه عليه السلام رمل في
الثلاثة الاول من الحجر الى الحجر فان زحمه الناس في الرمل قام اي وقف ولا يطوف
بدون الرمل في تلك الثلاث فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيم على وجه
السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدله كذا في النهاية ويمشي في الباقي على هينته
اي على السكينة والوقار على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم ويستلم
الحجر على الوجه الذي مر كلما مر لان اشواط الطواف كركعات الصلاة وكما يفتتح كل
ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر ويختم طوافه بالاستلام لانه صلى الله عليه وسلم
فعل كذلك واستلام الركن اليماني كلما مر به حسن واليمن خلاف الشام لانه
بلاد على يمين الكعبة والنسبة يمني بالتشديد ويمان بالتخفيف على تعويض الالف من
احدى يائي النسبة وقوله حسن يعني مستحب في ظاهر الرواية وان تركه لم يضره في قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عليه السلام كان يستلم هذين
الركنين ولا يستلم غيرهما ولان العتيق نفى الاستلام لان شرف الكعبة لا يقتضي الاستلام
كسائر البقاع الا ان القياس ترك بالحديث في هذين الركنين فبقي الحكم في غيرهما على اصل
القياس وروي عن جابر رض انه قال كنا نستلم الاركان كلها وكان معاوية رض
يستلم الاركان كلها ولكن هذا ضعيف كذا في النهاية ثم يصلي ركعتين عند المقام
اي مقام ابرهيم عليه السلام وهو الحجر الذي فيه اثر قدميه او حيث تيسر من المسجد
لان الصلاة لا تختص بمكان دون مكان يقرا في الاولى قل يا ايها الكافرون وفي الثانية قل هو الله احد
وان قرا غير ذلك جاز ويصلي هاتين الركعتين في وقت يباح فيه التطوع ولا صحة لقول من
قال باباحة الصلاة للطواف في جميع الاوقات لان النهي عن صوم يوم الفطر ويوم
النحر استوى فيه مكة وغيرها من البلدان فكذا النهي عن الصلاة في الاوقات المكروهة
يستوي فيه مكة وسائر البلدان وهما واجبتان بعد كل اسبوع اي بعد
كل سبعة اشواط وقال الشافعي سنة لانعدام موجب الدليل ٥

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب
واعترض بوجهين احدهما ان هذا الحديث لا اصل له في كتب الحديث والثاني ان حديث
الاعرابي وهو انه عليه السلام حين علم الاعرابي الصلوات الخمس قال الاعرابي هل علي غيرهن
قال لا الا ان تطوع يعارضه وهو اقوى منه فكيف يفيد الوجوب اجيب عن الاول بان
الراوي اذا كان عدلا فذلك لا يوجب القدح فيه وعن الثاني بان حديث الاعرابي ورد قبل
فانا اجمعنا ان صلاة الجنازة وصلاة العيد واجبتان وليس في هذا الحديث بيانهما
ويحتمل ان يكون قبل ذلك الحديث وقال مالك هما فرضان لقوله تعالى واتخذوا من مقام
ابرهيم مصلى قلنا ان هذه الآية مؤولة بانه قد قيل مقام ابرهيم هو الموضع الذي جعل
فيه المسجد الحرام فامرنا باتخاذ ذلك مسجدا كذا في الكافي وهذا طواف القدوم
وهو سنة لغير المقيم بمكة وقال مالك هو واجب لقوله صلى الله عليه وسلم
من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر مطلقا بالطواف والامر المطلق
لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهي
دليل الاستحباب ثم اعلم ان الطواف في الحج ثلاثة الاول طواف القدوم وله ثلاثة
اسامي سواه طواف التحية وطواف اللقاء وطواف اول العهد وهو سنة
لغير المقيم بمكة والثاني طواف الزيارة وله اسماء غيرها طواف الافاضة وطواف يوم النحر
وهو فرض والثالث طواف الوداع وله اسم واحد غيره وهو طواف الصدر
وهو واجب على الآفاقي واما المكي فلم يشرع في حقه الا طواف الزيارة لانعدام القدوم
والصدر في حقه كما سيأتي ان شاء الله تعالى ثم يعود من المقام الى الحجر بعدما صلى
ركعتي الطواف ويستلم الحجر لما روي انه عليه السلام لما صلى ركعتين عاد الى الحجر فاستلمه
والاصل فيه ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف كما يفتتح بالاستلام فكذا
السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي فانه لا يعود الى الاستلام للحجر بعد الصلاة
ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وقال عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج الى الصفا
من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا وليس ذلك بسنة عندنا وانما خرج
النبي صلى الله عليه وسلم من ذلك الباب لقربه الى الصفا لا لكونه سنة فيصعد عليه
ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم قال في
التحفة تاخير السعي بين الصفا والمروة الى طواف الزيارة اولى لان السعي واجب
فجعله تابعا للفرض اولى لكن العلماء رخصوا في الاتيان بالسعي عقيب طواف القدوم
لان يوم النحر الذي هو وقت طواف الزيارة يوم شغل من الذبح والحلق ونحو ذلك
فكان في جعله تابعا للسنة وهو طواف القدوم تخفيف على الناس رافعا يديه
للدعاء لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن من جملتها الصفا ويدعو بما شاء
لما روي انه صلى الله عليه وسلم صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة
يدعو الله تعالى وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما صعد الصفا قال لا اله الا الله
وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله
وحده لا شريك له انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرأ مقدار خمس
وعشرين آية من سورة البقرة ثم نزل وجعل يمشي نحو المروة وهو هنا قال
ثم ينحط نحو المروة ويمشي على مهل اي على هينة فاذا بلغ بطن الوادي بين الميلين الاخضرين
سعى سعيا السعي العدو والهرولة حتى يجاوزهما لما روى جابر عنه صلى الله عليه وسلم
انه لما نزل عن الصفا جعل يمشي نحو المروة فلما بلغ بطن الوادي سعى حتى التوى ازاره بساقيه
وهو يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك انت الاعز الاكرم قال
صاحب النهاية ولم يبق اليوم بطن الوادي لانه انسد بالسيل وتسمية الميلين
بالاخضرين على طريق التغليب فان احد الميلين اخضر والآخر احمر

وذكر في المغرب

وذكر في المغرب والصحاح الميل في كلام العرب مقدار مدى البصر والميلان الاخضران
فهما شيئان على شكل الميلين منحوتان من نفس جدار المسجد الحرام لا انهما منفصلان عنه
وهما علامتان لموضع الهرولة في ممر بطن الوادي بين الصفا والمروة قيل اصل هذا السعي
ان ابرهيم عليه السلام لما هاجر بهاجر وابنها اسمعيل الى واد غير ذي زرع فتركهما
عند الكعبة ثم رجع الى وطنه فعطشت ام هاجر وصعدت الصفا لترى الماء ثم
فلم تزل ان تمشي على هينتها تنظر الى ولدها فلما بعدت ببطن الوادي سعت
فلما خرجت منه مشت الى المروة فعلت هكذا سبعا فلما ايست من الماء جاءت الى ولدها
فرأت ماء قد نبع تحت رجلي ولدها فحمدت الله وخافت الضياع فجعلت تضع حوله الحجارة
وفي ذلك قال صلى الله عليه وسلم لولا ام اسمعيل لكان زمزم ماء معينا الى يوم القيمة
يقول الفقير وفي رواية قال عليه السلام يرحم الله ام اسمعيل لو تركت ماء زمزم وجواب لو
محذوف وهو لكان ماء معينا ويحتمل ان يكون لو للتمني فلا يحتاج الى الجواب ثم قال
صاحب النهاية فصار ذلك سنة ومن شعائر الحج ليبقى لها ذكر الى يوم القيمة
وفي المبسوط وللناس في اصل السعي في بطن الوادي كلام وهو ما ذكرنا انفا
من انه كلما صارت الجبل حائلا بينها وبين النظر الى ولدها كانت تسعى حتى تنظر
الى ولدها شفقة منها على الولد فصار سنة الى يوم القيمة والاصح ان يقال
فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في نسكه وامر اصحابه ان يفعلوا ذلك فنفعله اتباعا له
ولا نشتغل بطلب المعنى فيه كما لا نشتغل بطلب المعنى في تقدير الطواف والسعي بسبعة
اشواط انتهى ما في النهاية ويفعل على المروة كفعله على الصفا من استقبال
البيت والتكبير والتهليل والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ورفع اليدين للدعاء
والدعاء بما شاء وهذا شوط واحد فيسعى بينهما اي بين الصفا والمروة سبعة
اشواط كما بينا في الاول منها يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي
في كل شوط وانما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام ابدأوا بما بدأ الله تعالى به يعني قال
الله تعالى ان الصفا والمروة الآية فقدم الله الصفا على المروة فلا جرم يبدأ الطائف
الساعي به ايضا ثم فيه اشارة الى نفي قول الطحاوي انه يطوف بينهما سبعة اشواط
من الصفا الى الصفا وهو لا يعتبر رجوعه ولا يجعل ذلك شوطا والاصح ما ذكر في
المشهور لان رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفقوا على انه طاف بينهما سبعة اشواط
وعلى ما قاله الطحاوي وجه لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لما رقي على الصفا قال
نبدأ بما بدأ الله به وقوله ان الصفا والمروة من شعائر الله فيفهم منه ان يبدأ من الصفا
في كل مرة لان الحديث مطلق يشتمل بداءة كل شوط فاذا كانت البداية في كل شوط من الصفا
يكون المضي من الصفا الى المروة والعود من المروة الى الصفا شوطا واحدا لا محالة
على انا نقول ان اهل الحديث اوردوا في عامة كتبهم ان النبي صلى الله عليه وسلم
سعى بين الصفا والمروة سبعا ولم يذكروا الا البداية من الصفا شوط والعود
من المروة شوط ويحتمل ان يكون سعي النبي عليه السلام على ما قاله الطحاوي ويحتمل ان يكون
على ما قاله سائر الفقهاء فعلى ما قاله الطحاوي يحصل الخروج عن العهدة بيقين فيكون
الاخذ بذلك اولى او نقول ان المفعول من قوله عليه الصلاة والسلام نبدأ محذوف
والمفعول اذا كان محذوفا يقدر اعم الاشياء لا اخصها لعدم الاولوية ويكون تقدير الكلام
نبدأ كل شوط من الاشواط بما بدأ الله به اي بالصفا فيكون الامر على ما قاله الطحاوي فافهم انتهى
يقول الفقير لو كان الامر كما قاله لروى احد من رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله
وقد اتفقوا باجمعهم على ما قاله القدماء فلم يكن لما قاله وجه على ان صاحب النهاية
والعناية قالوا فان قيل الواجب في الطواف ان يبدأ كل شوط من موضع واحد
وهو اول ما بدئ به وهو الحجر الاسود فينبغي ان يكون السعي كذلك

قلنا الواجب هنا طواف البيت وهو الدوران حول البيت والدور حوله انما يكون
لو عاد الى ما بدا به فيكون المبتدا والمنتهى واحدا بالضرورة وههنا الواجب السعي
وهو قطع مسافة بحركة مستقيمة وذلك لا يقتضي كونها عوده على بدئه ولعل صاحب
البيانية لم يتفطن على الفرق بينهما فقال ما قال وماذا بعد الحق الا الضلال
ثم يقيم بمكة محرما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله وهذا لم يأت بها ويطوف
بالبيت نفلا ما اراد لانه يشبه الصلاة قال النبي عليه السلام الطواف بالبيت صلاة
والصلاة خير موضوع فمن شاء استقل ومن شاء استكثر فكذا الطواف لكن قيل
ان طواف التطوع افضل للغرباء وصلاة التطوع افضل لاهل مكة لان الغرباء يفوتهم
الطواف ولا يفوتهم الصلاة واهل مكة لا يفوتهم الامران فعند الاجتماع الصلاة افضل
فاذا كان اليوم السابع من ذي الحجة خطب الامام خطبة بعد صلاة الظهر
يعلم الناس فيها المناسك فكذا يخطب في اليوم التاسع من ذي الحجة بعرفات
قبل الظهر وكذلك يخطب في اليوم الحادي عشر بمنى فيفصل بين كل خطبتين بيوم
وقال زفر يخطب في ثلاثة ايام متواليات اولها يوم التروية لانها يوم الموسم ومجمع الحاج
والثاني يوم عرفة والثالث يوم النحر بمنى ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرنا انفع وفي القلوب انجع اي اكثر تأثيرا
فاذا صلى الفجر يوم التروية وهو اليوم الثامن من ذي الحجة قيل انما سمي به لان ابراهيم
عليه السلام رأى ليلة التروية كان قائلا يقول ان الله يأمرك بذبح ابنك هذا
فلما اصبح يروى اي يتفكر في ذلك من الرواح الى الصباح امن الله هذا الحكم ام من
الشيطان فمن ثم سمي يوم التروية فلما امسى رأى مثل ذلك فعرف انه من الله سبحانه
فمن ثم سمي اليوم التاسع يوم عرفة ثم رأى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحره فسمي اليوم
يوم النحر وقيل انما سمي يوم التروية بذلك الاسم لان الناس يروون بالماء العطش
في هذا اليوم ويحملون الماء بالروايا الى عرفة ومنى وانما سمي يوم عرفة به لان جبرئيل
عليه السلام علم ابراهيم عليه السلام المناسك كلها فقال اعرفت في اي موضع تطوف
وفي اي موضع تسعى وفي اي موضع تقف وفي اي موضع تنحر وترمي فقال عرفت
فسمي يوم عرفة وسمي العاشر يوم الاضحى لان الناس يضحون فيه بقرابينهم
وقيل انما سمي عرفة لان آدم عليه السلام لما اهبط الى الارض وقع بالهند وحواء
جاءت بالسند فلم يلتقيا الا عشية عرفة فسمي يوم عرفة لمعرفة كل منهما الآخر
خرج الى منى قيل انما سمي منى لان جبرئيل عليه السلام لما اراد ان يفارق آدم قال
ما تتمنى فقال ادم الجنة فسمي ذلك الموضع منى فيقيم بها الى صلاة فجر يوم عرفة
لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس
راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات
وعن هذا قال ثم يتوجه من منى بعد صلاة الفجر يوم عرفة الى عرفات فيقيم بها
لما روينا انه عليه السلام راح الى عرفات فاذا زالت الشمس خطب الامام
خطبتين كالجمعة يعني يجلس بينهما كالجمعة ويعلم فيهما الناس المناسك يعني الوقوف
بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ويصلي بعد الخطبة
بالناس وقال مالك يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ وتذكير
فاشبه خطبة العيد وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر يجلس اذن المؤذن
كما في الجمعة وعن ابي يوسف انه يؤذن قبل خروج الامام من الفسطاط
فاذا فرغ المؤذن خرج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة الظهر والعصر
باذان واقامتين في وقت الظهر اما نفس الجمع بين الصلاتين فلورود
الاثر والنقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بينهما ه

وكونه

واما كونه باذان واقامتين فلما روى جابر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين
ولا يتطوع بين الصلاتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها
فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفرض وشرط الجمع صلاتهما مع الامام فلو صلى الظهر
في رحله اي في منزله وحده صلى العصر في وقته خلافا لهما فالمنفرد وغيره سيان في جواز الجمع بينهما
عندهما وهذا الاختلاف مبني على ان تقديم العصر على وقته لاجل محافظة الجماعة او لامتداد الوقوف
فعنده للاول وعندهما للثاني لابي حنيفة ان المحافظة على الوقت فرض بالنص قال الله تعالى
حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وقال ان الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا
وكل ما هو كذلك لا يجوز تركه الا بدليل قطعي وذلك فيما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
والخلفاء الراشدين من الجمع بين الصلاتين بالجماعة مع الامام فلا يجوز الجمع الا بتلك الصفة
ولهما ان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف بدليل انه لا جمع على من ليس له الوقوف وان
الحاج يحتاج الى الدعاء في وقت الوقوف فشرع الجمع لئلا يشتغل عن الدعاء والمنفرد وغيره
في هذه الحاجة سواء فيستويان في جواز الجمع ثم انه عند ابي حنيفة الامام شرط في الصلاتين جميعا
وقال زفر في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته يعني ان الامام انما صار شرطا لاسقاط
فرض وقت العصر لا للظهر لان الظهر مفعول في وقته فجاز له ان يصلي العصر قبل وقته
مع الامام وان صلى الظهر في منزله منفردا ولابي حنيفة ان التقديم على خلاف القياس عرفناه شرعا
فيما اذا كانت صلاة العصر مرتبة على ظهر مؤدى مع الامام فيقتصر عليه فلا يجوز اداء العصر مع
الامام قبل وقته انما صلى الظهر وحده وشرط كونه محرما فيهما اي في الظهر والعصر يعني فالاحرام
الاحرام شرط فيهما جميعا وكذا عندهما وقال زفر هو شرط في صلاة العصر فقط وثمرة الخلاف
تظهر في ما اذا صلى الظهر مع الامام ثم احرم بالحج فصلى العصر معه والمحرم بالعمرة صلى الظهر مع الامام
ثم احرم بالحج فصلى العصر معه لم يجزه العصر الا في وقتها وعند زفر يجزيه مطلقا
ثم يقف راكبا مع الامام بوضوء او غسل وهو السنة وليس الغسل بواجب فلو اكتفى بالوضوء
جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام قرب جبل الرحمة وانما سمي جبل الرحمة لانه ينزل الرحمة
على الحجاج حتى روي مغفرة جميع الواقفين في هذا الجبل في يوم عرفة خصوصا اذا وافق
يوم عرفة يوم جمعة قال مولانا الفاضل سعدي افندي وقع في نهاية السروجي عن طلحة بن
عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال افضل الايام يوم عرفة وافق يوم جمعة وهو
افضل من سبعين حجة خرجه رزين بن معاوية في تجريد الصحاح بعلامة الموطا وفي مناسك
النووي قيل اذا وافق يوم عرفة يوم جمعة غفر لكل اهل الموقف انتهى قال ابن جماعة
في منسكه الكبير وسأل بعض الطلبة والدي رحمه الله فقال قد جاء ان الله يغفر لجميع اهل الموقف
مطلقا فما وجه تخصيص ذلك بيوم الجمعة في هذا الحديث فاجاب بانه يحتمل ان الله يغفر
لجميع اهل الموقف في يوم الجمعة بغير واسطة وفي غير يوم الجمعة يهب قوما لقوم والله اعلم
انتهى وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف
وارتفعوا عن بطن عرنة بطن عرنة واد بحذاء عرفات رأى النبي صلى الله عليه وسلم فيه الشيطان
فلهذا امرهم باجتنابه وقيل ان بعضهم كانوا يبكرون ويزلون فيه معتزلين عن الناس
فاخبر الشارع بمخالفتهم ردا عليهم ويستقبل الامام القبلة لان النبي صلى الله عليه وسلم
وقف كذلك وقال خير المواقف ما استقبلت به القبلة رافعا يديه بسطا
اي رفع بسط لما روي انه بسط يديه فيه ما داعيا كالمستطعم المسكين
حامدا مكبرا مهللا ملبيا مصليا على النبي صلى الله عليه وسلم داعيا بحاجته بالجهد
لانه صلى الله عليه وسلم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء
والمظالم اي الا في حق الدماء التي وجبت لبعضهم على بعض قصاصا وعجزوا عن
استيفائه وفي حق المظالم التي وجبت لبعضهم على بعض وعجزوا عن الانتصاف
وقيل قد استجيب له في ذلك ايضا في المزدلفة اه

مطلب ‌في حج الجمعة الحج الاكبر

عليه الصلاة والسلام

فاذا صح

مطلب وجه تسمية ايام التروية وعرفة والنحر والاضحى وموضع منى

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال افضل دعائي ودعاء الانبياء من قبلي لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير · اللهم اجعل في قلبي نورا وفي سمعي نورا وفي بصري نورا · اللهم اشرح لي صدري ويسر لي امري وزاد الامام الاسبيجابي بعدهما اللهم اني اعوذ بك من وساوس الصدر وشتات الامر وعذاب القبر · اللهم اني اعوذ بك من شر ما يلج في النهار ومن شر ما تهب به الرياح ومن بوائق الدهر اللهم اني اعوذ بك من زوال نعمتك وتحول عافيتك وفجاءة نقمتك وجميع سخطك واعطني افضل ما تؤتي احدا من خلقك وحجاج بيتك يا ارحم الراحمين · يا رفيع الدرجات ومنزل البركات ويا فاطر الارضين والسموات ضجت لك الاصوات بصنوف اللغات تسئلك الحاجات وكل دعاء يعلم يدعو به وكل حاجة في صدره يسال الله اياها وفي مبسوط شيخ الاسلام سال عمر وعلي رضي الله عنهما النبي عليه السلام ما ندعو في هذا اليوم فقال لا اله الا الله وحده لا شريك له الى اخره فقيل لسفيان بن عيينة هذا ثناء فلم سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم دعاء فقال الثناء على الكريم دعاء وعن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما من مسلم يقف عشية عرفة في الموقف مستقبل القبلة ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ويقرأ بفاتحة الكتاب مائة مرة ثم يقول اشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له وان محمدا عبده ورسوله مائة مرة ثم يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وبارك على محمد وعلى آل محمد كما صليت وباركت ورحمت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد الا قال تعالى يا ملائكتي ما جزاء عبدي هذا سبحني وهللني وكبرني ومجدني وعرفني واثنى علي وصلى على نبيي اشهد واني قد شفعته في نفسه وغفرت له ولاهل الموقف معه كذا في المنهاج ويقف الناس وراء الامام بقربه لانه يدعو ويعلم ويعوا ويستمعوا مستقبلين بالقبلة وهذا يتعلق وراءه سامعين لقوله للتعلم بما يعلم ثم يفيضوا معه بعد الغروب لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين حيث يرجعون قبل الغروب وقال صلى الله عليه وسلم حين خطب عشية عرفة ايها الناس ان اهل الجاهلية والاوثان كانوا يرجعون من عرفة قبل غروب الشمس اذا تعممت بها رؤوس الجبال كعمائم الرجال في وجوههم وان هدانا ليس كهديهم فادفعوا بعد غروب الشمس فقد باشر ذلك عليه السلام وامر به اظهارا لمخالفة المشركين فليس لاحد ان يخالف ذلك الى مزدلفة وسميت بمزدلفة لاجتماع الناس فيها ومنه قوله تعالى وازلفنا ثم الآخرين اي جمعناهم وقيل هي من الازدلاف بمعنى التقرب ومنه قوله تعالى وازلفت الجنة للمتقين اي قربت وسميت بها لاقتراب الناس الى منى بعد الافاضة من عرفات وقيل لان حواء ازدلفت الى آدم فيها وذكرنا الوجه الاخير فيما سبق وينزل بقرب جبل قزح وهو الجبل الذي عليه الميقدة وهو موضع كان اهل الجاهلية يوقدون عليه النار وقيل انما كانوا آدم عليه السلام لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او يساره ويستحب في النزول ان يقول اذا نزل بها اللهم هذه مزدلفة جمع اسالك ان ترزقني جوامع الخير وتجعلني ممن سالك فاعطيته ودعاك فاجبته وتوكل عليك فكفيته وبا فضليته ويصلي المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفتقر الحاجة الى الافراد للاقامة اعلاما فاذا فرغ من الصلاتين يقول اللهم حرم لحمي وشحمي وشعري ودمي وعظمي وجميع جوارحي على النار يا ارحم الراحمين ويسأل اقصى الخصوم فان الله تعالى وعد المغفرة في هذه الليلة

ومن صلى المغرب في الطريق او بعرفات فعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر خلافا لابي يوسف فلا يلزم عليه الاعادة عنده لكنه مسيء لانه اداها في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد الطلوع يعني لا يجب عليه اعادة المغرب بعد طلوع الفجر اتفاقا لانه اداها في وقتها فكذا لا يجب عليه الاعادة بالمزدلفة قبل طلوع الفجر هذا المعنى الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قال لاسامة في طريق المزدلفة الصلاة امامك معناه وقت الصلاة امامك لان الصلاة فعل المصلي فلا يتصور ان يكون امامه والحاصل يذكر ويراد بها الوقت كما في قوله تعالى فخلف من بعدهم خلف اضاعوا الصلوة وفسر بعضهم بان معناه مكان الصلاة امامك وهو مزدلفة فيكون من باب ذكر الحال وارادة المحل وهذا اشارة الى ان التاخير واجب لانه لو لم يكن كذلك لكان معناه القضاء بعد خروج الوقت وتفويت الصلاة عن وقتها لا يجوز لغيره فضلا عنه عليه السلام واعترض عليه بان هذا الحديث من الاحاد فكيف يجوز ان يبطل به قوله تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا قال صاحب العناية واجاب شيخي العلامة بانه من المشاهير تلقته الامة بالقبول في الصدر الاول وعملوا به فجاز ان يزاد به على كتاب الله تعالى واقول قوله تعالى ان الصلوة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا ونحوه ليس فيه دلالة قاطعة على تعيين الاوقات وانما دلالتها على ان للصلاة اوقاتا وتعيينها ثبت اما بحديث جبريل او بغيره من الاحاد او بفعله عليه السلام ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز ان يعارضه خبر الواحد ثم يعمل بفعله عليه السلام وهو انه عليه السلام جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز ان يكون قضاء فتعين ان يكون ذلك وقته واعترض ايضا بان صلاة المغرب التي صلاها في الطريق اما ان وقعت صحيحة اولا فان كان الاول لا يجب الاعادة لا في الوقت ولا بعده وان كان الثاني وجب فيه وبعده لان ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت واجيب بان الفساد موقوف يظهر اثره في ثاني الحال كما في مسئلة الترتيب · ويبيت بمزدلفة فاذا طلع الفجر صلى بغلس وهو ظلمة آخر الليل ليحصل امتداد الوقوف ووقف بالمشعر الحرام لان النبي صلى الله عليه وسلم وقف في هذا الموقف يدعو حتى روي في حديث ابن عباس فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم بان يرضي الخصوم بالمزدلفة في مثوباتهم حتى يتركوا خصوماتهم في الدماء والمظالم فاستوجب المغفرة من عليه الدماء والمظالم وصنع كما في عرفة من استقبال القبلة ورفع اليد بسطا وحمد الله تعالى وتكبيره وتهليله والصلاة على نبيه والدعاء لحاجته بجهد وينبغي ان يقول اللهم انت خير مطلوب وخير مرغوب اليه لكل ضيف قرى فاجعل قراي في هذا المقام ان تتقبل توبتي وتتجاوز عن خطيئتي وتجمع على الهدى امري وتجعل اليقين من الدنيا همي · اللهم ارحمني واجرني من النار ووسع علي الرزق الحلال · اللهم لا تجعله آخر العهد بهذا الموقف وارزقنيه ابدا ما احييتني برحمتك يا ارحم الراحمين · ومزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لقوله عليه السلام والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر · المحسر بكسر السين وتشديدها موضع عن يسار المزدلفة فاذا اسفر نفر قبل طلوع الشمس الى منى لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس فيأتي منى فيبدأ بجمرة العقبة من بطن الوادي بسبع حصيات كحصى الخذف والخذف رمي الحصى بالاصابع لانه قال عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز لحصول المقصود لا يرمي بالكبار من الاحجار كي لا يتاذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه والافضل انه يكبر مع كل حصاة كذا روي ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر والتكبير من آداب الرمي ولهذا لو سبح مكانه ولم يكبر لا يضر ويقطع التلبية باولها لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ولا يقف عندها اي عند جمرة العقبة لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقف عندها قال صاحب النهاية الكلام في الرمي في اثني عشر موضعا احدها في وقته اتفق العلماء على ان وقت الرمي يوم النحر وثلاثة ايام بعده

والثاني فيما يرمى به فانه يجوز بكل ما كان من جنس الارض نحو الحصاة والمدر والثالث في مقدار
ما يرمى به فيرمى بالحصاة مثل حصى الخذف والرابع في بيان صفة المرمي فيجب ان يكون الحصاة
مغسولة وينبغي ان تكون مأخوذة من قارعة الطريق لا من موضع الرمي والخامس في كيفية الرمي
وقد اختلف المشايخ قال بعضهم يأخذ الحصى بابهامه وسبابته كأنه عاقد ثلاثين ويرميها وقال
بعضهم يحلق سبابته ويضعها على مفصل ابهامه كأنه عاقد عشرة فيرميها والاول اصح
والسادس في صفة الرامي قال اصحابنا يجوز الرمي راكبا وماشيا على ما سيأتي انشاء
والسابع في محل الرمي فمحل رمي الجمار الثلاث مسجد الخيف والوسطى والاخيرة وهي
جمرة العقبة والثامن في اي موضع يرمى فيرمى من بطن الوادي يعني من اسفله الى الاعلى
والتاسع وقوع الحصاة فينبغي ان تقع الحصاة عند الجمرة قريبا منها حتى لو وقعت
بعيدا منها لم يجزئه والعاشر في عدد الحصاة فيرمى كل جمرة بسبع حصيات
والحادي عشر يكبر مع كل حصاة فيقول بسم الله والله اكبر رغما للشيطان وحزبه
اللهم اجعل حجي مبرورا وسعيي مشكورا وذنبي مغفورا والثاني عشر
انه في اليوم الاول يرمي جمرة العقبة وفي بقية الايام يرمي الجمار كلها قال صاحب
المغرب الجمار هي الصغار من الاحجار جمع جمرة وبها سموا المواضع التي ترمى جمارا
وجمرات لما بينهما من الملابسة وفي مبسوط شيخ الاسلام انما سمي جمارا لان ابراهيم عليه السلام
لما امر بذبح جاء الشيطان يوسوسه وكان ابراهيم عليه السلام يرمي اليه الاحجار
طردا له وكان يجمر بين يديه ان يسرع في المشي والاجمار الاسراع في المشي
ثم يذبح اي بعد رمي جمرة العقبة يذبح ان احب ثم يحلق لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال اول نسكنا في هذا اليوم ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل
وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام
فيقدم عليه الذبح بالحجة لان الكلام في المفرد والذبح الذي يأتي به المفرد تطوع وانما
يعلق الحلق لانه او التقصير على المحرم واجب سواء كان مفردا او قارنا او متمتعا
وهو ان الحلق افضل من التقصير لقوله صلى الله عليه وسلم رحم الله المحلقين
قيل والمقصرين فقال رحم الله المحلقين قيل والمقصرين فقال رحم الله المحلقين
حتى قال في المرة الرابعة والمقصرين فدل دعاؤه ثلاث مرات للمحلقين على ان الحلق
افضل ولانه تعالى بدأ به في قوله محلقين رؤسكم ومقصرين ويكتفي في الحلق
بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم
او يقصر والتقصير ان يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة وقد حل له غير النساء
وقال مالك وغير الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع يعضده ان المعتدة يحرم عليها
الطيب لهذا المعنى والجماع بدواعيه لا يحل حتى يطوف كالقبلة واللمس عن شهوة
ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها اذا حلق الحاج حل له كل شيء الا النساء
وقالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه ولاحلاله قبل ان يطوف بالبيت
ثم يذهب من يومه او الغد او بعده الى مكة فيطوف بالبيت ثم عاد الى منى وعلى الطواف
بلا رمل ولا سعي ان كان قدمهما في طواف القدوم والا اي وان لم يقدمهما في
طواف القدوم رمل فيه اي في طواف الزيارة وسعى بعده اي بعد الطواف لان
السعي لم يشرع الا مرة والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي وقد حل له النساء
هذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق
كما ذكرنا في اول الكتاب ووقته اي وقت طواف الزيارة بعد طلوع فجر النحر وقال الشافعي
اذا انتصف الليل من ليلة النحر لان النصف الثاني من ليلة النحر وقت للوقوف بعرفات
فلا يجوز ان يكون وقتا للطواف كالنصف الاول ولانه وقت الركن في الحج فلا يجوز ان يكون وقتا
لركن آخر في الحج فيرتاب كيوم النحر وهو ان الطواف فيه افضل لما ورد في الحديث افضلها اولها

وكره

وكره تأخيره عن ايام النحر لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة وسنبينه في
باب الجنايات ان شاء الله تعالى ثم يعود اي بعد ما طاف طواف الزيارة يعود الى منى فيقيم بها
لان النبي عليه السلام رجع اليها بعد ما طاف للزيارة ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى
فيرمي الجمار الثلاث في اليوم الثاني بعد الزوال بادئا بالتي تلي المسجد اي مسجد الخيف الخيف
ما انحدر من غلظ الجبل وارتفع عن مسيل الماء ومنه سمي مسجد الخيف والخيف خيفان خيف منى
وخيف بني كنانة فيرميها بسبع حصيات ويقف عندها ويدعو ثم بجمرة العقبة كذلك
اي بسبع حصيات ويكبر مع كل حصاة ويدعو الا انه لا يقف عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه
فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يفعل في اليوم الثالث كذلك اي رمي الجمار
الثلاث على الكيفية المذكورة في الثاني بعد الزوال ثم بعده ان شاء النفر نفر الى مكة
في اليوم الثالث من ايام النحر بعد رمي الجمار وكره للحاج ذلك اي النفر قبل طلوع فجر اليوم الرابع
لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى والمراد من اليومين الحادي عشر
والثاني عشر من ذي الحجة يعني من نفر بعد رمي الجمار الثلاث في اليوم الثاني من ايام التشريق
وهو اليوم الثالث من ايام النحر فلا اثم عليه وهذا هو النفر الاول والنفر الثاني في اليوم الثالث
وهو آخر ايام التشريق وانما قال انه لا اثم عليه في التعجيل والتأخير لانه مخير منهما قيل ان اهل الجاهلية
كانوا فريقين منهم من جعل التعجيل اثما ومنهم من جعل التأخير اثما فورد القرآن بنفي الاثم عنهما كذا في الكشاف
لا بعده اي ليس له النفر بعد طلوع الفجر اليوم الرابع حتى يرمي لدخول وقت الرمي وفيه خلاف
فان عنده اذا غربت الشمس من اليوم الثالث لا يحل له النفر حتى يرمي الجمار الثلاث في اليوم
الرابع لان المنصوص عليه الخيار في اليوم وهو الى غروب الشمس ولنا ان الليل ليس بوقت
فيكون خياره في النفر ثابتا فيه كما قبل غروب الشمس بخلاف ما بعد طلوع الفجر من اليوم الرابع لانه
فلا يبقى خياره بعده وان شاء اقام فرمى كما تقدم في اليومين الاولين وهو احب
لما روي ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع وقد يقع التخيير بين الفاضل
والمفضول كالمسافر خير بين الصوم والفطر مع ان صومه افضل وان رمى فيه اي في اليوم الرابع
قبل الزوال جاز وهذا استحسان خلافا لهما اعتبارا بسائر الايام كذا في الهداية قال صاحب
اراد بالايام اليومين اعني الثاني والثالث لان رمي جمرة العقبة في يوم النحر قبل الزوال جائز بلا خلاف
ومذهب ابي حنيفة مروي عن ابن عباس رض لانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك
فلان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الثاني والثالث حيث لا يجوز الرمي
فيهما الا بعد الزوال لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على الاصل فلم يجز قبل الزوال ثم اعلم ان جملة الرمي في هذه الايام
كان بسبعين حصاة ففي اليوم الاول وهو يوم النحر بسبع حصيات بعد طلوع الشمس عند جمرة العقبة
وفي اليوم الثاني احد وعشرون بعد الزوال سبع عند الجمرة الاولى التي تلي المسجد وسبع عند الوسطى
وسبع عند جمرة العقبة وكذا في اليوم الثالث والرابع فيكون جملة الحصاة سبعين
وجاز الرمي راكبا لحصول اصل الرمي وماشيا غير راكب افضل في غير جمرة العقبة وحاصله
ان كل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء
فيرميه ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف يعني به ما حكي عن ابراهيم
دخلت على ابي يوسف في مرضه الذي مات فيه ففتح عينيه وقال الرمي راكبا افضل ام ماشيا فقلت
ماشيا فقال اخطأت ثم قلت راكبا فقال اخطأت ثم قال كل رمي بعده وقوف فالرمي فيه ماشيا
وما ليس بعده وقوف فالرمي فيه راكبا افضل فقمت من عنده فما انتهيت الى باب الدار
الا سمعت الصراخ بموته فتعجبت من حرصه على العلم في تلك الحالة والذي روى جابر انه صلى الله عليه وسلم
رمى الجمار كلها راكبا فانما فعل ليكون اشهر للناس حتى يقتدوا به فيما يشاهدونه منه
ويبيت ليالي الرمي بمنى قالوا ويكره له ان يبيت في غير منى وان بات بمكة متعمدا اساء ولا شيء عليه
وقال الشافعي ان بات ليلة بمكة فعليه مد وان بات ليلتين فعليه مدان وان بات ثلاث ليال فعليه دم
لان البيتوتة في وجوب الجزاء بتركها ولنا ان البيتوتة ليست بمقصودة لنفسها وانما تفعل لما يقع في الغد

وكره تقديم ثقله بتخيين متاع المسافر وحشمه والحجي اثقاله الى مكة قبل نفره لما روي ان عمر رض كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه فصار كانه حج بغير شيء
فاذا نفر الى مكة نزل بالمحصب ولو ساعة والمحصب هو الابطح وهو اسم موضع بين مكة ومنا قد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا حتى كان النزول فيه سنة على ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل اراءة للمشركين لطيف صنع الله به فصار ذلك سنة كالرمل وقال ابن عباس رضي الله عنهما ان النزول فيه ليس بسنة لكنه موضع نزل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اتفاقا والاصح الاول كذا في الهداية وشروحها ثم اعلم انهم قالوا فيقيم بمكة ويكثر فيها من افعال الخير كالطواف والصلاة والصدقة والتلاوة وذكر الله والدعاء ويجتنب عن انشاد الشعر وحديث اللغو وما لا يعنيه وفي الحديث النبوي ان الحسنة فيها تضاعف الى مائة الف وكذلك السيئة وهذا كره ابو حنيفة رح المجاورة خوفا من الوقوع فيما لا يجوز فيتضاعف عليه العقاب بتضاعف السيئات حتى لو كان ممن يثق بنفسه ويملكها عما لا ينبغي من الافعال والاقوال فالمجاورة افضل بالاجماع كذا في الاختيار فاذا اراد الطعن بالطاء المهملة الذهاب وبالظاء المعجمة السير كذا في القاموس والصحاح فيكون كلاهما صحيحا هنا يعني اذا اراد الذهاب منها او السير منها والاول اولى وانسب طاف الصدر اي لبصدره عن البيت ويسمى طواف الوداع سبعة اشواط بلا رمل ولا سعي وهو واجب الا على المقيم بمكة خلافا للشافعي فانه عنده سنة على الافاقي لانه بمنزلة طواف القدوم الا يرى ان كل واحد منهما يأتي به الافاقي دون المكي وتفصيله سبق في اول الكتاب ثم يستقي من زمزم ويشرب من مائه لما روي انه صلى الله عليه وسلم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر وينبغي ان يصب ماء على جسده بعد ما شرب منه ويقول اللهم اني اسألك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء ثم انهم قالوا ويحمل من مائه الى ديار للتبرك والعطية للاصدقاء وانا حمله ثم لم يجد ماء في الطريق عنده لا يجوز له التيمم مع وجوده وما يذكر من الحيلة انه يهبه ثم يستوهبه اياه ليس بشيء لانه قادر على استعماله بالرجوع من الهبة ولقائل ان يقول على تقدير تسليم عدم امكان الرجوع قدرة فلم لا يجوز ان يوجد بينهما شيء من موانع الرجوع كالولادة واعطاء الموهوب له العوض واخذ الواهب اياه منه كذا في حاشية الصكوك لمولانا اخي چلبي في باب التيمم ثم يأتي الباب اي باب الكعبة ويقبل العتبة ويضع صدره وبطنه وخده الايمن على الملتزم بين الباب والحجر الاسود قال صاحب البناية قال بعضهم اتيان زمزم وشرب مائها بعد اتيان الملتزم والتشبث بالاستار وفيه نظر لان الرواية بخلاف ذلك الا يرى الى ما قال ابو حنيفة رح ينبغي للانسان اذا نفر ان يطوف طواف الصدر فيأتي البيت ويستلم الحجر ويطوف به سبعا ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها ويصب على وجهه ورأسه ثم يأتي الملتزم وهو بين الحجر الاسود والباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة كالمتعلق بطرف ثوب مولاه يستغيث لامر عظيم ويدعو مجتهدا فانه موضع اجابة الدعاء ومحل حط الاثم ويبكي فانه من علامات القبول قال صاحب الاختيار او يتباكى وليس فيه دعاء مخصوص ثم يرجع القهقرى مع ملاحظة البيت حتى يخرج من المسجد ليكون نظره الى الكعبة ويستحب ان يقول فيه اللهم هذا بيتك الذي جعلته مباركا وهدى للعالمين فيه آيات بينات مقام ابرهيم ومن دخله كان آمنا الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله اللهم فكما هديتنا لذلك فتقبله منا ولا تجعله آخر العهد من بيتك الحرام وارزقني العود اليه حتى ترضى عني برحمتك يا ارحم الراحمين

مطلب كراهة المجاورة لمن لا يثق بنفسه
والحكمة المرضية هو وفضيلتها
لمن يثق بنفسه ويملكها عما لا ينبغي

قال في قوله عليه الصلاة والسلام ان لم تبكوا فتباكوا مراده التباكي من هو مستعد للبكاء لا تباكي الغافل اللاهي كذا ذكره الشريف في التعريفات في تعريف التواجد
محمد عفي عنه

داخل ما قال صاحب الاختيار

فصل لما فرغ

فصل

لما فرغ من بيان افعال الحج على الترتيب واتمها اتى بمسائل شتى من افعال الحج في فصل على حدة ان لم يدخل المحرم الى مكة وتوجه الى عرفة ووقف بها على ما بينا من احكام الوقوف سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن وقف او اجتاز ان وقف وسلك ومر قال صاحب المجتاز السالك بعرفة ساعة ما بين زوال الشمس من يوم عرفة وطلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج ولو نائما او مغمى عليه او لم يعلم انها عرفة لان ما هو الركن وهو الوقوف قد وجد ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم وهو الامساك يتأدى بهما بعد النية وكذا انما يعلم ان اول وقت الوقوف من زوال الشمس من يوم عرفة واخر وقته قبل طلوع الفجر من يوم النحر اما اول وقته فلما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعد ما زالت الشمس من يوم عرفة فيكون ذلك بيانا لاول وقته لان الكتاب مجمل فالتحق فعل النبي صلى الله عليه وسلم بيانا به كما في الصلاة واما آخر وقته فلما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شهد معنا هذه الصلاة صلاة الفجر بالمزدلفة وقد كان وقف بعرفة قبل ذلك ليلا او نهارا فقد تم حجه فعلم بذلك ان الوقوف بعرفات يبقى ما بقي الليل من يوم النحر وروي ايضا ان النبي عليه السلام قال من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحلل بعمرة وعليه الحج من قابل وروي ايضا انه عليه السلام قال الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه ومالك رح يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس من يوم عرفة فيحتج عليه بفعل النبي صلى الله عليه وسلم بعد الزوال ويقول مالك ايضا لا يجزئه الوقوف اذا لم يقع وقوفه في اليوم وجزء من الليل فيحتج عليه بالحديث الاول لانه روي بكلمة او وهي للتخيير فيجزئه الوقوف اذا حصل في يوم او ليلة فان قلت مقتضى قوله عليه السلام فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه ان يجوز الوقوف اذا حصل في جزء من النهار من يوم عرفة وان كان قبل الزوال بعد طلوع الفجر لانه من النهار قلت انما لم يجز قبل الزوال لان فعل النبي صلى الله عليه وسلم بعد الزوال لما كان بيانا للمجمل بعد البيان كالحكم فحمل المحتمل عليه لانه كان يحتمل ان يراد بالنهار ما قبل الزوال وما بعده فحمل على ما بعد الزوال لانه من النهار ايضا كذا في البناية ومن فاته ذلك اي الوقوف بعرفة على الوجه المذكور فقد فاته الحج كما روينا انفا من قوله من فاته عرفة فقد فاته الحج فيحلل بعمرة وعن هذا قال فيطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل ولا دم عليه لان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج منه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فيتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولو امر رفيقه ان يحرم عنه عند اغمائه ففعل الرفيق صح الاحرام عنه اجماعا حتى اذا افاق او استيقظ النائم واتى بافعال الحج جاز وكذا يصح ان فعل الرفيق بلا امر خلافا لهما اتفق علماؤنا على ان الاحرام يقبل النيابة حتى لو امر انسانا ان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام صح عندهم لانه شرط بمنزلة الوضوء وستر العورة وليس بنسك فاستقام النيابة بعد وجود نية العبادة منه وهو خروجه لحج البيت لكن اختلفوا في ان عقد الرفقة استنابة كالاذن به او لا فذهب ابو حنيفة رح الى انه استنابة كالاذن به وقالا ليس باستنابة وصورة ذلك ان يحرم عنه الرفقاء نيابة مع انهم احرموا عن انفسهم ايضا فيصير الرفيق محرما عن نفسه بطريق الاصالة ومحرما عنه بطريق النيابة كالاب يحرم عن ابنه الصغير فكان المحرم حكما في احرام النيابة هو المنوب لا النائب وعبادة النائب فيه كعبادة المنوب حتى لو اصاب النائب صيدا كان عليه الجزاء من قبل احرامه عن نفسه وليس عليه من جهة احرامه عن المغمى عليه شيء

وفيه بحث من وجهين احدهما ان الرفيق اذا كان محرما عن نفسه فباحرامه عن غيره يلزم
تداخل الاحرامين والثاني انهم شبهوا الاحرام بالوضوء في قبول النيابة وليس مثله لان
الانسان اذا توضأ لا يكون غيره متوضئا به وان نوى التوضئ عنه وههنا يصير غيره محرما
باحرامه والجواب عن الاول ان التداخل انما يلزمه ان لو كان المحرم هو النائب في الاحرام
من كل وجه وليس كذلك بل المحرم في احرام النيابة هو المغمى عليه لا النائب كما ذكرنا
وعن الثاني ان التشبيه في الوضوء في ان كل واحد منهما شرط يحتمل النيابة ويكون النيابة في الوضوء
بالتوضئة بان يجري الماء على اعضاء المنوب فيصح له ان يصلي بذلك وفي هذا ينوب
النائب بالاحرام بنفسه ثم فائدة ذلك انه اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج
جاز عنه كما لو امر به لما انه لا يحرم بنفسه ولا اذن لغيره وكل من كان كذلك ليس
بمحرم لا محالة اما انه لم يحرم بنفسه فظ واما انه لم يأذن لغيره فلان الاذن اما ان يكون
صريحا او دلالة وحصله يصح بالاذن اذ هو المفروض وما ثم دلالة لانها تتوقف
على العلم بجواز الاذن بالاحرام لانه اذا لم يعلم بجوازه لا يقدم عليه وجواز الاذن به
لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره صريحا ولابي حنيفة
ان الاذن ثابت دلالة لانه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما
يعجز عن مباشرته بنفسه وقد عجز عن مباشرة ما هو المقصود بهذا السفر وهو الاحرام
فكان مستعينا بهم على تحصيله والاستعانة اذن بالاعانة لا محالة فكان الاذن
ثابتا دلالة ثم انهم قالوا هل التقييد بالاهلال بالرفقة فائدة اختلف فيه قال
الشيخ ابو عبد الله الجرجاني كما يقول الجصاص لا يجوز احرام غير الرفقاء ثم رجع
وقال الرفقاء وغيرهم في الجواز سواء لان هذا ليس من باب الولاية بل هو من باب الاعانة
وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى والرفقاء وغيرهم في ذلك سواء
والمرأة في جميع ذلك من الابتداء الى هنا كالرجل لان الخطاب بقوله تعالى ولله
على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا يتناول الرجال والنساء فتفعل مثل
ما يفعل الرجال الا الاشياء التي ذكرتها الآن وهذا قال الا انها تكشف وجهها
لا رأسها لان رأسها عورة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم احرام المرأة في وجهها
نعم انها لا تغطي وجهها ولو سدلت او ارسلت على وجهها شيئا وجافته عن وجهها
جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل
ولا تجهر بالتلبية لما فيه من الفتنة لان صوتها عورة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين
لانه مخل بستر العورة ولا تحلق بل تقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجال
والمثلة حرام وتلبس المخيط لان في لبس غير المخيط كشف العورة ولا تقرب الحجر اذا كان عنده رجال
لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا فتقرب وتستلم ولو حاضت عند الاحرام
اغتسلت واتت بجميع المناسك الا الطواف لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف
وهو بارك ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل عليها وهي تبكي فقال ما يبكيك لعلك حضت فقالت نعم
فقال هذا شيء كتبه الله على بنات آدم دعي عنك العمرة او قال ارفضي عمرتك وانقضي رأسك
وامتشطي واصنعي كما يصنع الحاج غير انك لا تطوفي بالبيت قال صاحب العناية ولا
انما هو بقوله واصنعي كما يصنع الحاج وليس فيه ما يدل على الاغتسال ولكن فيما روى ابو داود في السنن باسناده
قالت نفست اسماء بنت عميس بمحمد بن ابي بكر فامر النبي عليه السلام ابا بكر ان تغتسل وتهل دليل على ذلك
فان قيل لا فائدة في هذا الاغتسال لانها لا تطهر به مع قيام الحيض اجيب بان هذا الاغتسال للاحرام لا
ليكون مستنبطا للتنظف بقول الفقير انما كان الاغتسال للاحرام يكون في قوله واصنعي كما يصنع الحاج لان
لانه من جملة ما يصنع الحاج فقول صاحب العناية وليس فيه ما يدل على الاغتسال محل كلام ولان الطواف
في المسجد والحائض منهية عن دخله والوقوف في المفازة وليست بمنهية عنها

وان حاضت

وان حاضت بعد طواف الزيارة تسقط عنها طواف الصدر ولا شيء عليها لتركه لانه صلى الله عليه وسلم
رخص للنساء الحيض ترك طواف الصدر روت عائشة رضي الله عنها ان صفية بنت حيي حاضت
فقال النبي صلى الله عليه وسلم عقرى حلقى انك لحابستنا اما كنت طفت يوم النحر قالت بلى قال فلا بأس
فلما ثبت الرخصة للحائض والنفساء في ترك طواف الصدر لم يجب بتركه شيء لان الاصل ان كل
نسك جاز تركه بعذر لا يجب بتركه كفارة وقوله عقرى حلقى فعلى عند المحدثين ومعناه عقر جسدها
واصابها حلق بها او وجع وقال صاحب المنائح هذا دعاء لا يراد وقوعه في كلام العرب بل على عادة العرب
التكلم بمثل هذا على سبيل التلطف كما يسقط طواف الصدر عمن اقام بمكة لانه على فرض مكرر
ولو بعد النفر بسكون الفاء الرجوع عند ابي يوسف وعند محمد لا يسقط طواف الصدر
بالاقامة بعد يعني انا نوى الحاج الاقامة بمكة بعد النفر الاول وهو الرجوع الى مكة في اليوم الثالث
من ايام النحر قال ابو يوسف يسقط عنه طواف الصدر وقال محمد لا يسقط لانه وجب
عليه كما دانه عليه ولابي يوسف ان طواف الصدر انما يجب على الصادر وهو مستوطن
فيد بقوله بعد النفر لانه لو نوى الاقامة قبل النفر يسقط عنه طواف الصدر اتفاقا لان الافاقي
انما يسقط طواف الصدر اذا كان قبل وجوبه واما بعد وجوبه فلا كمن اصبح مقيما لا يحل له ان يفطر
في ذلك اليوم بالسفر ومن قلد بدنة تطوع او نذر او جزاء صيد قتله في احرام ماض او نحو
من بدنة المتعة او القران وتوجه معها الى مكة يريد به الحج فقد احرم اي صار محرما وان لم يلب لقوله
من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد
الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول الا ترى ان من قال يا فلان فاجابه بنعم
واتاه بالحضور والامتثال فيصير بسوق الهدي محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام
فحصلت الاجابة بنعم او لبيك وانما قال بدنة لان الغنم لا يقلد وهذا لان التقليد للاشعار
من الماء والعلف اذا علم انه هدي وهذا فيما يغيب عن صاحبه كالابل والبقر والغنم ليس كذلك
فانه اذا لم يكن مع صاحبه يضيع فان بعث بها اي بالبدنة ثم توجه فلا يكون محرما حتى يلحقها
لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد الا مجرد النية ومجرد النية لا يصير محرما
وكانت الصحابة مختلفين في هذه المسئلة على ثلاثة اقاويل فمنهم من قال اذا قلدها صار محرما
ومنهم من قال اذا توجه في اثرها صار محرما ومنهم من قال اذا ادركها وساقها صار محرما فاخذنا
بالمتيقن وقلنا اذا ادركها وساقها صار محرما لاتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم في جوازه
الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه سواء لحقها او لم يلحقها لان هذا الهدي مشروع على
نسكا من مناسك الحج وضعا لانه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره
فيجب للجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل
قال صاحب النهاية وههنا قيد آخر لا بد من ذكره وهو انه في بدنة المتعة انما يصير محرما بالتقليد
والتوجه اذا حصلا في اشهر الحج وان حصلا في غير اشهر الحج لا يصير محرما ما لم يدرك الهدي ويسير معه هكذا
لان تقليد بدنة المتعة في غير اشهر الحج لا يعتد به لانه فعل من افعال المتعة وافعال المتعة قبل
اشهر الحج لا يعتد بها فيكون تطوعا وفي هدي التطوع ما لم يدركه ويسير معه لا يصير محرما انتهى
فان جللها اي البسها الجل او اشعرها والاشعار ان يجرح سنامها كما سيأتي ان شاء الله تعالى
او قلد شاة لا يكون محرما اما التجليل فلانه لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج
والاشعار مكروه كما سيأتي ان شاء الله تعالى واما تقليد الشاة فلانه غير معتاد وليس بسنة ايضا
وقال الشافعي سنة كما رضي الابل والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي من الابل خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم
في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة
وهي الضخامة فقد اشترك الابل والبقر في هذا المعنى ولهذا يجزئ كل واحد منهما عن سبعة
والجواب عما رواه ان الرواية الصحيحة كالمهدي جزورا مكان بدنة ولئن ثبت تلك الرواية التي
التمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل على اختلاف الجنسية وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول
تحت اسم العام كما في قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال الآية كذا في النهاية والعناية

باب القران والتمتع

لما فرغ من ذكر المفرد شرع في بيان المركب وهو القران والتمتع الا ان القران لكونه افضل
من التمتع قدمه عليه اعلم ان المحرم على اربعة انواع مفرد بالحج وقد ذكرنا ومفرد بالعمرة وهو
من ينوي العمرة فقط ويقول لبيك بعمرة ثم يأتي بافعالها وقارن وهو من يجمع بين العمرة
والحج في الاحرام فينويهما ويقول لبيك بحج وعمرة ويأتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج من غير
تحلل بشيء بينهما ومتمتع وهو من يأتي بالعمرة في اشهر الحج ويأتي بافعالها ثم يحرم بالحج
ويحج من عامه ذلك على وجه الصحة من غير ان يلم باهله الماما صحيحا القران افضل مطلقا
اي من التمتع والافراد وقال الشافعي الافراد اي افراد كل واحد من الحج والعمرة باحرام
على حدة افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القران وللشافعي قوله
صلى الله عليه وسلم القران رخصة والافراد عزيمة والاخذ بالعزيمة اولى ولان في الافراد
زيادة الاحرام والسفر والحلق فان القارن يؤدي النسكين بسفر واحد ويلبي تلبية واحدة
ويحلق مرة واحدة والمفرد يؤدي كل نسك بصفة الكمال والاخذ بصفة الكمال اولى
ولنا ما رواه الطحاوي في شرح الاثار وعن النبي صلى الله عليه وسلم قال يا آل محمد اهلوا
بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين وذلك افضل كما انا جمع بين الصوم والاعتكاف
وبين الجهاد في سبيل الله بحماية الغزاة بالليل والصلاة فيه قال صاحب النهاية
ثم المراد بالافراد يحتاج الى البيان هل هو افراد الحج او العمرة او افراد كل واحد منهما
باحرام والمام صحيح بينهما قلت المراد الثالث دون الاولين استدلالا بمواضع لا
فان الشافعي قال لان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق وهذا لا يكون الا باحرام لكل
واحد منهما وكذا روي عن محمد انه قال حجة كوفية وعمرة كوفية افضل عندي من القران
فعلم بذلك ان الاختلاف الواقع فيه انما هو في افراد الحج والعمرة كل واحد منهما على الانفراد
باحرام والمام بينهما افضل ام الجمع بينهما افضل واما كون القارن افضل من الحج وحده
فمما لا اختلاف فيه لان في القران الحج وزيادة وكما نظر قول ابي حنيفة ان اربع ركعات
اولى من اثنتين على انه لو صلى اربع ركعات بتسليمة اولى من ان يصلي اربع ركعات بتسليمتين
واما لو اقتصر على الركعتين فلا خلاف لاحد فيه ان الاربع اولى منه فعلم بهذا ان المراد
من الافراد افراد الحج والعمرة باحرام على حدة والمام صحيح بينهما لانه لو لم يكن بينهما المام صحيح
كان هو عين التمتع انتهى وهو اي القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول
بعد الصلاة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران
هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما قال صاحب
البناية القران مصدر قرن يقرن بفتح العين في الماضي وضمها في المستقبل وقوله من الميقات
وقع اتفاقا بناء على الغالب حتى لو احرم بهما من دويرة اهله او بعدما خرج من بلده قبل
ان يصل الى الميقات جاز وصار قارنا بل الاحرام من دويرة اهله افضل
فاذا دخل مكة ابتدأ بالعمرة فطاف للعمرة سبعة اشواط يرمل في الثلاث الاول منها
وسعى بعد الطواف بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم طاف للحج طواف القدوم
سبعة اشواط وسعى بين الصفا والمروة كما بينا في المفرد وتقديم افعال الحج على العمرة
لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك
جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا
ويسعى سعيا واحدا لقوله صلى الله عليه وسلم دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولان مبنى القران
على التداخل حتى اكتفى بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذا في الاركان
ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت
لسنة نبيك الا ان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد
على الكمال ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج على معنى انهما يؤديان في وقت واحد

فلو طاف

فلو طاف لها طوافين وسعى سعيين جاز واساء يعني لو طاف اربعة عشر شوطا سبعة للعمرة
وسبعة لطواف قدوم الحج ثم سعى لهما اربعة عشر جاز لانه اتى بما هو مستحق عليه واساء لانه اخر
سعي العمرة وقدم طواف القدوم ولا يلزمه شيء اما عندهما فلان التقديم والتاخير في المناسك
لا يوجب شيئا عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى
والسعي تاخيره بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف يعني ان
تاخير سعي العمرة بالاشتغال بعمل اخر كالاكل والنوم ونحوهما لا يوجب الدم فكذلك الاشتغال
بطواف التحية ثم يحج كما مر في المفرد فاذا رمى جمرة العقبة يوم النحر ذبح دم القران شاة
او بدنة او سبع بدنة لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها بقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة
الى الحج فما استيسر من الهدي والمراد بالذبح ههنا وفيما ذكر في المفرد ثم يذبح ان احب
والهدي من الابل والبقر والغنم والمراد بالبدنة ههنا البعير والبقرة فان عجز عنه اي عن الهدي
صام ثلاثة ايام قبل يوم النحر والافضل كون اخرها يوم عرفة وصام سبعة ايام اذا فرغ من
افعال الحج لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة
فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالرجوع الى الاهل
الفراغ من الحج من باب ذكر المسبب وارادة السبب وهو الفراغ فكان الاداء بعد السبب فيجوز
ولقائل ان يقول ذكر المسبب وارادة السبب لا يصح في المجاز لما عرف في الاصول الجواب
انه اذا لم يكن مختصا بالفراغ سبب مختص بالرجوع فيجوز فان قيل المجاز لا بد له من قرينة فما هي
في الاية قلت اطلاق ذكر الرجوع عن ذكر الاهل قال المولى الفاضل سعدي افندي
في صحة كون ما ذكره قرينة صارفة بحث انتهى والمراد من قوله في الحج وقته لان نفسه
لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة
لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تاخيره الى اخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل
ولو صام السبعة بمكة بعد فراغه من الحج ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها
منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز ذلك الصوم بمكة لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام
فيها فحينئذ يجزئه لتعذر الرجوع ولنا ما ذكر من ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم
فان لم يصم الثلاثة قبل يوم النحر تعين الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم
موقت فيقضى بعد فوات وقته كصوم رمضان وقال مالك يصوم في ايام التشريق وهي
بعد يوم النحر لقوله تعالى في الحج وهو وقته ولنا ان النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام
وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فيتقيد به النص ولعله يتقيد به لانه لا
من ان يورث نقصا وما وجب كاملا لا يتأدى ناقصا فلا يتأدى فيها ولا يتأدى بعدها
اي بعد ايام التشريق لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج
فلا يجوز بعده وههنا بحث من اوجه ذكر في العناية احسنه وان وقف القارن بعرفة
قبل طوافه للعمرة ولم يدخل مكة للعمرة فقد رفضها بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها
لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع لان المشروع ان يكون
الوقوف مرتبا على افعال العمرة ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح وقال بعضهم وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة انه يصير رافضا للعمرة بالتوجه الى عرفات قياسا على التوجه
الى الجمعة وقال الشافعي لا يكون رافضا للعمرة بناء على ان طواف العمرة يدخل في طواف الحج
فلا يلزم عليه طواف مستقل للعمرة والفائدة تظهر في وجوب الدم وعن هذا قال
فعليه دم لرفضها لان رفع الاحرام قبل اداء الافعال يوجب ذلك كما في الاحصار وعند
الشافعي لا يجب عليه الدم ويقضيها اي العمرة لصحة الشروع فيها وسقط عنه دم القران
لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين وانه انما يجب شكرا لما وفقه الله من الجمع
والتمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان الافراد افضل لان التمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره
واقع لحجته ووجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو
اراقة الدم وسفره واقع لحجته صح

وهو اي التمتع ان يأتي بالعمرة في اشهر الحج ثم يحج من عامه ثم فصل كيفيته وقال فيحرم لها اي العمرة
من الميقات ويطوف لها ويسعى بين الصفا والمروة ويحلق او يقصر فيتحلل منها اي من
العمرة ان لم يسق الهدي واما اذا ساق فلا يحلق ولا يقصر ولا يتحلل حتى يحلق يوم النحر فاذا
حلق فيتحلل من الاحرامين على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ويقطع التلبية باول الطواف
وقال مالك يقطع كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم الزيارة بوقوع
بصره على البيت ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية في عمرة القضاء حين
استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه بيانه ان هذا الطواف
نسك مقصود في هذا اليوم فكان كالرمي في كونه نسكا مقصودا في ذلك اليوم فكما ان التلبية
تنقطع عند افتتاح الرمي فكذلك تنقطع ههنا عند افتتاح هذا الطواف بجامع
ان كلا منهما اول نسك مقصود في هذا اليوم فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يقطع المفرد بالحج
التلبية اذا ابتدأ بطواف القدوم لانه اول نسك مقصود في هذا اليوم قلنا انا لا نسلم
انه مقصود لان المراد به ما يكون واجبا وطواف القدوم ليس كذلك ولئن سلمناه لكن
ثبت بالنص على خلاف القياس لما روي انه صلى الله عليه وسلم اردف الفضل من مزدلفة الى منى
فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة كذا في العناية ثم يقيم بمكة حلالا لانه حل من عمرته
ويحرم بالحج من الحرم يوم التروية فالشرط ان يحرم من الحرم واما المسجد فليس بلازم
وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا وقبله يعني ان يحرم
قبل يوم التروية افضل لان فيه اظهار المسارعة والرغبة في العبادة ولانه اشق فكان افضل
ويحج ويذبح كالقارن اي يذبح دم التمتع لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي
وهذا الدم ايضا واجب لشكر نعمة الجمع بين العبادتين فان عجز عن الذبح فحكمه
ان صام كالقارن وجاز صوم الايام الثلاثة قبل طوافها اي طواف العمرة ولو صام
في شوال بعد الاحرام بها اي بالعمرة خلافا للشافعي فانه يقول لا يجوز صوم الايام الثلاثة
حتى يحرم بالحج لقوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه وهو الاحرام
بالعمرة لانه طريق يتوصل به الى التمتع واداء المسبب بعد تحقق السبب جائز والمراد بالحج المذكور
في النص وقته على ما بينا لا قبله اي لا يجوز صوم الثلاثة قبل الاحرام بالعمرة لان سبب
وجوب هذا الصوم التمتع وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجوده
والافضل تأخيرها الى آخر وقتها وهو يوم عرفة على ما بينا في القران
فان شاء المتمتع سوق الهدي وهو اي سوق الهدي افضل لان النبي صلى الله عليه وسلم ساق
الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة لما هو نسك من مناسك الحج فكان
افضل احرم اي بالعمرة لانه لا يحرم بالحج ما لم يفرغ من العمرة وساق الهدي وهو
اي سوق الهدي اولى من قوده لانه صلى الله عليه وسلم احرم من ذي الحليفة وهداياه تساق
بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فح يقودها لتعذر السوق
وان كان الهدي بدنة قلدها بمزادة وهي الرواية او نعل وهو ما وقيت به القدم
عن الارض اي جعل عنقه مزادة او نعل قلادة لها وهو اي التقليد اولى من التجليل
لانه له ذكر في الكتاب قال الله تعالى والهدي ولا القلائد ولانه للاعلام والتجليل
للزينة والاشعار جائز من غير كراهة عندهما لان المقصود من التقليد ان لا يهاج
اي لا يمنع اذا ورد ماء او كلأ ويرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن
هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بجوازه كذا في الهداية قال المولى الفاضل
سعدي افندي اقول فيه بحث يظهر لمن علم ما السنة يقول الفقير جامع الحواشي اعلم ان السنة عرفها الجمهور
بانها ما واظب عليه النبي عليه السلام مع تركه احيانا ففيما نحن فيه لا يخلو ان يواظب عليه النبي عليه السلام
مع تركه احيانا اولا فان كان الاول يكون سنة البتة ولا يعارضه جهة كونه مثلة وان كان
الثاني فلا يصدق تعريف السنة عليه ولا يصح تفريع كونه سنة على الوجه السابق تدبر

وحل الاشعار شق سنامها من الايسر وهو الاشبه الى الصواب لفعله عليه السلام
لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب اليمين اتفاقا
وبيانه ان الهدايا كانت مقبلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يدخل بين كل
بعيرين من قبل الرؤس وكان الرمح بيمينه فكان يقع به الطعن اولا على يسار البعير الذي
عن يساره صلى الله عليه وسلم ثم كان يعطف على يمينه فيشعر الآخر من قبل يمين البعير
اتفاقا لا قصدا فكان الامر الاصلي احق بالاعتبار اذا كان الهدي واحدا او من الايمن
وهو اختيار الشافعي ويكره الاشعار عند الامام لانه تعذيب الحيوان وهو منهي عنه فيكون
مكروها وانما فعله صلى الله عليه وسلم لان المشركين لم يكونوا ممتنعين عن تعرض الهدايا
الا بالاشعار وقيل كره ابو حنيفة اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه ثم يعتمر كما ذكر
ولا يتحلل من احرام العمرة لان سوق الهدي يمنع من التحلل واما اذا لم يسق الهدي يتحلل
من احرام العمرة كما سبق آنفا ويحرم بالحج كما مر اي من الحرم يوم التروية فاذا حلق
يوم النحر حل من احراميه يعني من احرام العمرة واحرام الحج لان الحلق محلل في الحج كالسلام
في الصلاة فيتحلل به منهما ولا تمتع ولا قران لاهل مكة وانما لهم الافراد خاصة
خلافا للشافعي والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان
شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي واستدل الشافعي
بالاطلاق قوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج بلا فصل بين الآفاقي وغيره واجاب عن الآية
بان ذلك اشارة الى الحكم في قوله تعالى فما استيسر من الهدي فلا يحل هنا قارن ولا لتمتع
قلنا ان ذلك للبعيد في كلام العرب والقرآن نزل على لسانهم وما ذكره من الهدي قريب
لا يصلح حقيقة له والتمتع المفهوم من تمتع بعيد يصلح له ذلك فيهما رأيه لان العمل
اذا امكن بالحقيقة لا يصار الى المجاز بالاتفاق فيكون الآية حجة عليه فان قيل فما
الجواب عن استدلاله بالاطلاق قلت لا اطلاق ثم بل هو من عام خص بقوله
ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام وفي المحل اعتراض من وجهين في العناية ان شئت
فاطلب منه ومن هو داخل الميقات فانه بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة
ولا قران سواء كان بينه وبين مكة مسيرة سفر او لم يكن فان عاد المتمتع الى اهله
بعد العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله الماما صحيحا بين النسكين
وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين كسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير
وعطاء وطاوس وابراهيم وان عاد الى اهله بعد العمرة وكان قد ساق الهدي
لا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف لان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع
لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه عليه فلم يبطل تمتعه وقال محمد يبطل لانه
اداهما بسفرتين ومن طاف للعمرة قبل اشهر الحج اقل من اربعة اشواط واتم
الباقي بعد دخولها اي دخول اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد
الاكثر فيها فللاكثر حكم الكل فصار كان الكل وقع في اشهر الحج وان كان طاف اربعة
اشواط او اكثر قبل اشهر الحج فلا يكون متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج قال
صاحب العناية فيه ثلاثة مذاهب ذهب الشافعي الى انه اذا احرم بالعمرة قبل
اشهر الحج لا يكون متمتعا اصلا وان ادى الافعال فيها لان الاحرام ركن عنده وقال مالك
هو متمتع وان لم يؤد الافعال فيها اذا كان التحلل عن احرام العمرة في اشهر الحج وقلنا
ان ادى اربعة اشواط فيها كان متمتعا والا فلا ولو اعتمر كوفي في اشهر الحج ثم تحلل واقام
بمكة بعدما فرغ من العمرة والحلق وحج من عامه ذلك صح تمتعه لانه ترفق بنسكين
في سفر واحد في اشهر الحج وكذا يصح تمتعه لو اعتمر كوفي في اشهر الحج و
تحلل واقام بالبصرة قيل هذا بالاتفاق لان السفرة الاولى منتهية فانه ما لم يعد
الى وطنه وكان بمنزلة من لم يخرج من الميقات حتى عاد وحج

وقيل لا يصح تمتعه عندهما لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية وهنا نسكاه هنا
ميقاتيان لانه بعد ما جاوز الميقات حلالا وعاد يلزمه الاحرام من الميقات فكان كالملم باهله
قال صاحب النهاية اعلم ان جنس هذه المسائل على اربعة اوجه الاول ما اذا قام بمكة بعد
فراغه من العمرة وحلق ثم حج من عامه ذلك فهو في هذا الوجه متمتع لما ذكرنا من صورة التمتع
والوجه الثاني اذا خرج من مكة بعد فراغه من العمرة ولكن لم يجاوز الميقات حتى حج من عامه ذلك
ففي هذا الوجه هو متمتع لما ذكرنا من صورة التمتع والثالث اذا خرج من الميقات وعاد الى اهله
ثم حج من عامه ذلك ففي هذا الوجه هو ليس بمتمتع والرابع اذا خرج من الميقات واتى
البصرة واتخذها دارا ثم حج من عامه ذلك قال في الجامع الصغير هو متمتع ولم يذكر فيه
خلافا وروى الحاكم الشهيد عن ابي علقمة ان ما ذكر في الجامع قول ابي حنيفة وعلى قول
الامامين لا يكون متمتعا وهكذا ذكر الطحاوي وذكر الجصاص انه لا يكون متمتعا على
قول الكل كذا في المحيط انتهى يقول الفقير في اطلاق الوجه الثالث كلام لانه مقيد
بما اذا لم يكن يسوق الهدي كما عرف سابقا ثم ان فائدة كونه متمتعا او لا تظهر في وجوب
الدم عليه وعدمه وجوبه تمتع ولو افسد كونه في عمرته بان جامع امراته مثلا وفرغ منها وقصر
واقام ببصرة وقضاها وحج من عامه ذلك لا يصح تمتعه لان حكم السفر الاول قائم لانه
مالم يعد الى وطنه فان اتخاذ البصرة دارا بمنزلة مكثه بمكة ولو مكث بمكة ثم اعتمر وحج
لا يكون متمتعا لانه خرج من ان يكون اهلا للتمتع في السفر الاول وحكم السفر الاول
قائم من وجه مالم يرجع الى الكوفة فلا يكون متمتعا بالشك الا ان يعود الى اهله
ثم يأتي بهما لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول برجوعه الى اهله وقد اجتمع له نسكان
صحيحان فيه اي في هذا السفر الذي انشا بعد رجع الى اهله وعندهما يصح تمتعه وان لم يعد
الى اهله لان المتمتع من كانت عمرته ميقاتية وحجته مكية وعمرته في السفر الثاني اي عمرته
ميقاتية وحجته مكية فكان متمتعا كما لو عاد الى اهله بالكوفة ثم اعتمر وحج من عامه ذلك
وان بقي بعد الافساد اي افساد عمرته بمكة وقضى عمرته وحج من عامه لا يصح تمتعه اتفاقا
لان عمرته مكية والسفر الاول قد انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة
وما افسد المتمتع من عمرته او حجته مضى فيه لانه لا يمكنه الاخراج عن عهدة الاحرام
الا بافعال الحج فيما اذا احرم بالحج وافسد او بافعال العمرة فيما اذا احرم بالعمرة وافسدها
قال صاحب البناية وقال بعض الشارحين اي بافعال العمرة ايهما افسد
لان فائت الحج لا يتحلل بافعال العمرة وفيه نظر لان الرواية مسطورة في سائر الكتب
وفي الهداية ايضا في باب الجنايات ان من افسد حجته يجب عليه شاة ويمضي في الحج كما
يمضي من لم يفسده وعليه الحج من قابل فعلم ان فاسد الحج يمضي في الحج كما يمضي
من لم يفسده ولا يتحلل بافعال العمرة انتهى وسقط عنه دم التمتع لانه لم يترفق
باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة ومن تمتع فضحى لا يجزيه عن دم المتعة
لانه اتى بغير الواجب لان الواجب عليه الدم بسبب التمتع والاضحية غير واجبة عليه
لانه مسافر ولئن كانت واجبة عليه بان اشترى بنية الاضحية فذلك
واجب اخر عليه غير ما يجب بالتمتع فاذا نوى احدهما لم يجز عن الاخر

باب الجنايات

لما فرغ من بيان احكام المحرم بدا بما يعتريه من العوارض من الجنايات وهي جمع جناية وهي اسم لفعل محرم شرعا
سواء حل بمال او نفس لكنهم اي الفقهاء خصوها بالفعل في النفوس والاطراف واما الفعل
في المال فسموه غصبا والمراد هنا فعل ليس للمحرم ان يفعله وانما جمع لبيانه انواعا منها انواع
ان طيب المحرم عضوا لزمه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية
تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الواجب

وكذا لزمه دم لو ادهن بزيت وعندهما صدقة وقال الشافعي ان استعمل في الشعر فعليه دم لما
زالت التفث والشعث وان استعمل في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان
فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث وكانت جناية قاصرة فيلزمه الصدقة وله
انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث فتتكامل
الجناية بهذه العلة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف
في الزيت البحت اي الخالص لا يخالطه الطيب اما المطيب منه اي المطيب من الزيت
وهو الذي القي فيه الطيب كالبنفسج ونحوه يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب
وايضا هذا الخلاف اذا استعمل على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجله
فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط
استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا داوى بالمسك وما اشبهه لانه طيب بنفسه
ولو خضب راسه بحناء او ستر الراس يوما كاملا او ليلة كاملة
فعليه دم اما الحناء فلانه طيب قال صلى الله عليه وسلم الحناء طيب واما ستر الراس
يوما كاملا فلانه محرم عنه ولو ستر بعض راسه فالمروي عن ابي حنيفة انه اعتبر الربع اعتبارا
بالحلق والعورة في الصلاة وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس وكذا يلزمه دم
لو لبس مخيطا يوما كاملا لان معنى الارتفاق مقصود من اللبس لانه اعد لذلك
قال الله تعالى سرابيل تقيكم الحر وهذا المعنى قد يتم فيكون معنى الارتفاق كاملا وقد ينقص
فيكون ناقصا فلا بد من حد فاصل بين الكامل والقاصر لتعيين الجزاء حسب ذلك فقدر
باليوم او الليلة لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة فان من لبس ثوبا يليق بالنهار ينزعه بالليل
ومن لبس ثوبا يليق بالليل ينزعه بالنهار فاذا نزع دل على تمام الارتفاق فيجب الدم
وما دون ذلك يتقاصر الجناية فيه لنقصان الارتفاق فيجب الصدقة وعن ابي يوسف
اقام الاكثر مقام الكل لان المحرم قد يرجع الى بيته قبل الليل فينزع ثيابه التي لبسها للمناسك
فكان اللبس في اكثر اليوم ارتفاقا مقصودا لكن هذا غير مضبوط فان احوال رجوع الناس
الى بيوتهم قبل الليل مختلفة بعضهم يرجع في وقت الضحى وبعضهم قبله وبعضهم بعده فكان
الظاهر هو الاول كذا في العناية او حلق ربع راسه او لحيته فصاعدا يلزمه الدم وان كان
اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل عملا بظاهر قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم
فان الراس اسم للكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل وهو ثلاث شعرات لان الشعر نبات
استحقاقه لا من كنبات الحرم ويستوي فيه قليله وكثيره في وجوب الدم ولنا ان حلق ربع الراس
ارتفاق كامل لانه معتاد يعتاده بعض الناس فان الاتراك يحلقون اوساط رؤسهم
وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لابتغاء الراحة والزينة والارتفاق الكامل يتكامل
الجناية ويتقاصر فيما دونه ففي قولنا يتكامل اشارة الى دفع قول مالك فانه قال بحلق كل
الراس يتكامل الجناية فاشرنا الى ان الجناية تتكامل بالربع ايضا وفي قولنا ويتقاصر فيما
دونه اشارة الى دفع قول الشافعي انه يجب الجزاء بالقليل فاشرنا الى ان الجناية في القليل
قاصرة فكيف يوجب الدم واما حلق اللحية فهو متعارف فان الاكاسرة كانوا
يحلقون لحى شبانهم وكذا الاخذ من اللحية مقدار الربع وما يشبهه معتاد بارض العراق
والعرب فكان مقصودا بالارتفاق كحلق الراس فالحق به احتياطا لايجاب الكفارة في المناسك
فانها مبنية على الاحتياط او حلق رقبته كلها لانه عضو مقصود بالحلق لدفع الاذى
ونيل الراحة فاشبه العانة او حلق ابطيه او احدهما لان كل واحد منها مقصود بالحلق
ايضا لدفع الاذى ونيل الراحة قيل انما كان كل واحد من الابطين مقصودا بالحلق وجب الدم
بحلقهما او بواحد واجيب بان جنايات المحرم اذا كانت من نوع واحد يجب ضمان واحد الا
انه اذا ازال الشعر جميع بدنه بالنورة لم يلزمه الا دم واحد او حلق عانته لانه مقصود بالحلق ايضا
لدفع الاذى ونيل الراحة قال صاحب الهداية ذكر الحلق في الابطين في الجامع الصغير

وفي المبسوط النتف وهو السنة بخلاف العانة فان السنة فيها الحلق لما جاء في الحديث
عشر من الفطرة منها الاستحداد وتفسيره حلق العانة بالحديد وكذا يلزمه الدم
لو حلق محاجمه المحاجم جمع محجم بفتح الميم اسم موضع من الحجامة وعندهما يلزمه صدقة لانه انما
يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من محظورات الاحرام فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه
ازالة شيء من التفث فتجب الصدقة وله اي لابي حنيفة ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به
وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم قال صاحب العناية وفي دليل ابي حنيفة اشتباه
لانه جعل حلقه مقصودا ووسيلة وهما متنافيان ثم اجاب بانه لم يقل ان حلقه مقصود لذاته
بل قال مقصود وما لم يتم المقصود لذاته الا به فهو مقصود وان كان لغيره فلا تنافي بينهما لكن ينبغي الكلام
في ان المراد بالمقصود اعم من ان يكون لذاته او لغيره ثم قال والمراد من قوله عن عضو كامل
يعني ان هذا الموضع في حق الحجامة عضو كامل انتهى فان قص يعني قلم الظفر المناسب واحد
فيه ولا معنى للتفريع تدبر اظافير يديه ورجليه في مجلس واحد فعليه دم لان المحظورات
لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم
ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد تسمية ومعنى اما تسمية
فان الكل يسمى قصا واما معنى فلان الارتفاق من حيث النقص وهو شيء واحد وكذا يلزم
دم واحد لو قص اظافير يد واحدة او رجل واحدة اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق
وان قص اظافير يديه ورجليه في اربعة مجالس فعليه اربعة دماء عند ابي حنيفة وابي يوسف
لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في اية السجدة وبيانه
انهما يقولان كفارة الاحرام معنى العبادة فيها غالب بدليل انها تجب على المعذور
كالمكره والنائم والمخطئ والناسي والمضطر فبالنظر الى ذلك لا تتداخل فقلنا بتقييد التداخل
باتحاد المجلس لانه اذا كان في مجلس واحد فالمقصود واحد والمحال مختلفة فرجحنا اتحاد المقصود
لوجود الجامع وهو المجلس واما اذا اختلفت المجالس فيترجح جانب اختلاف المحال
ويلزم لكل واحد جزاء عملا بالوجهين فان قيل الجنايات اذا كانت من جنس واحد لا يتعدد
الكفارة كما اذا حلق راسه في مجالس مختلفة فان عليه كفارة واحدة لذلك فالجواب
ان ههنا اربع هيئات اتحاد المقصود واتحاد المحل واتحاد المجلس وكذا اختلافها
فمتى اتحد الجميع لزمه كفارة واحدة بلا خلاف بينهم ومتى اختلف الجميع لزمه الكفارات متعددة
ومتى اتحد المقصود واختلف المحال فان اتحد المجلس يقوى جانب الاتحاد فيلزمه كفارة واحدة
ومتى اختلف المجلس يقوى جانب الاختلاف ويتعدد الكفارة فاذا عرفت هذا ظهر
لزوم التعدد فيما نحن فيه عند اختلاف المجلس ولزوم الواحد عند اتحاده ولا يلزم حلق
الراس عليه لان المحل متحد والمقصود كذلك بخلاف محل النزاع لان المحال فيه مختلفة
ولا يشكل ايضا بحلق الابطين فان المقصود متحد والمحال مختلفة وعند محمد يلزمه دم واحد
لان مبناها على التداخل يعني ان المحرم اذا قتل صيد الحرم يكفيه قيمة واحدة وان كانت
الجناية في حق الحرم والاحرام فكان مبناها على ذلك فاشبه كفارة الفطر
وان طيب اقل من عضو او ستر راسه او لبس المخيط اقل من يوم فعليه صدقة اما اذا طيب
اقل من عضو فلقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى
انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق واما اذا ستر راسه او لبس المخيط
اقل من يوم فلنقصان الارتفاق على ما ذكرنا انفا وكذا يلزم الصدقة لو حلق اقل
من ربع راسه او اقل من ربع لحيته او حلق بعض رقبته او بعض عانته او حلق احد
ابطيه او حلق راس غيره اعلم انه ان حلق محرم راس محرم اخر بامره او بغير امره فعلى الحالق
صدقة وعلى المحلوق دم وقال الشافعي لا يجب مؤاخذا حكم الفعل والنوم ابلغ منه
وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي ذلك الاثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما
نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير بين ثلاثة اشياء

وهو الدم

وهو الدم وصيام ثلاثة ايام فتصدق بثلاثة اصوع من طعام على ستة مساكين كما يجيء عن قريب ان شاء الله
لان الافة هنالك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما
نال من الراحة وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق راسه اما الحالق فيلزمه
من الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف المحرم اذا
حلق راس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو
من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاق الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفرق الحال بين
شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره لانتفاعه بمعنى الراحة الى فعله فاذا فعل ذلك في نفسه
كملت الجناية فيلزمه الدم وان فعل بغيره لم تكمل جنايته فيجب الصدقة او قص اقل من خمسة
اظفار يجب بكل ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول ابي حنيفة الاول
لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلاث اكثرها فينزل منزلة الكل وجه قوله الثاني ان اظافير
كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها
لانه يؤدي الى ما لا يتناهى اعتبارا وذلك لانه اذا اقيم الثلاثة مقام خمسة يقام الاثنان مقام
الثلاثة ثم الظفر والنصف مقام الظفرين ثم الظفر الواحد مقام الظفر والنصف وهلم جرا
دفعا للتحكم ولو لم يكن الجسم عند اهل السنة والجماعة ينتهي الى الجزء الذي لا يتجزى لكان يؤدي
الى ما لا يتناهى تدبر او قص خمسة متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة
وابي يوسف لان الدم انما يجب عند تكامل الجناية بنيل الراحة والزينة وههنا
ليس كذلك لان بالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد
فان من ياخذ شيئا من مقدم راسه وشيئا من مؤخره فاذا اجتمع الجميع يصير مقدار الربع
فيجب جزاؤه وهو الدم واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة ومقدارها لكل
ظفر طعام مسكين وعند محمد فيه الخمسة المتفرقة دم اعتبارا بالقص من كف
واحد بجامع انه قص خمسة اظافير ولا تفرقة في ذلك بين ان يكون من يد واحدة او يدين
ورجل وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة وان طيب او لبس مخيطا او حلق
راسه لعذر خير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق بثلاثة اصوع على ستة مساكين
وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية
من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير والاية نزلت في المعذور وقال كعب بن عجرة
مر بي رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتهافت على وجهي وانا اوقد تحت قدر لي
فقال اتؤذيك هوام راسك فقلت نعم فانزل الله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك
فقلت ما الصيام يا رسول الله قال ثلاثة ايام ثم الصوم يجزئه في اي موضع شاء لانه
عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا واما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لان
الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصها
بمكان وهو الحرم ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف
اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد لا يجزئه لان الصدقة تنبئ عن التمليك ولو ارتدى
اي القى على منكبيه كالرداء ولم يلبسه او اتشح بالقميص اي ادخله تحت يده اليمنى
والقاه على منكبه الايسر او اتزر بالسراويل اي شده على وسطه كما يشد فوطة الحمام
فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط قال صاحب المغرب اتزر عامي والصواب
ايتزر افتعل من الازار اصله ائتزر بهمزتين الاولى للوصل والثانية فاء افتعل وكذا
لا باس لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في كميه خلافا لزفر
هو يقول القباء مخيط فاذا ادخل فيه منكبيه صار لابسا للمخيط فان القباء يلبس
هكذا عادة قلنا انه ما لبس لبس القباء لان العادة في ذلك الضم الى نفسه بادخال
المنكبين واليدين لانه ماخوذ من القبو وهو الضم ولم يوجد ولهذا يتكلف في حفظه
وعلى هذا لو زره ولم يدخل يديه في الكمين كان لا باس لانه لا يتكلف اذن الى حفظه

مطلب
اتزر صحيح وفصيح
وقول من قال اتزر من ائتزر خطا
سعد الدين شرح التلخيص خطا الافصاح في بيان
قوله وقول من قال اتزر من ائتزر خطا خطا في فتح الباري
في شرح البخاري الحجة النحاة الادغام حتى قال صاحب
المفصل انه خطا لكن نقل غيره انه مذهب الكوفيين
وحكى الصغاني في مجمع البحرين قال ابو ما ... مقصور
على السماع ومنه قراءة ابي محمد ... جنبلي الحمد
وقد ثبت في الخبر حديثا اتزر من ائتزر فقول السعد
ان التشديد خطا فاسد يخشى عليه لان مستند
المحدثين اقوى من مستند اللغويين
علي القاري في شرح الموطا محشوا بالتصوف

فصل

لما فرغ من الجناية على الاحرام شرع في ذكر الجناية على الطواف الذي هو بعد الاحرام في فصل على حدة
وان طاف للقدوم او للصدر جنبا فعليه دم لان النقصان فاحش فتغلظ في جابره
وطواف القدوم وان كان سنة فانه يصير بالشروع واجبا وكذا يلزم الدم لو طاف
للركن محدثا لانه ادخل النقص في الركن وهو طواف الزيارة ففي الطوافين وجبت الشاة
في الجناية وفي طواف الزيارة في الحدث اظهارا للتفاوت بين الواجب والفرض
او ترك طواف الصدر او اربعة منه لانه ترك الواجب او الاكثر منه او ترك دون الاربعة
من الركن لان النقصان بترك الاقل منه يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة
او افاض من عرفة قبل الامام وقال الشافعي لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك
الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجبة لقوله عليه السلام فادفعوا
بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه
الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب
قيل يسقط لحصول الافاضة مع الامام بعد الغروب وهو الواجب وقيل لا يسقط لان ما ترك
لا يصير مستدركا او ترك السعي قال صاحب الهداية ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم
وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد
او ترك الوقوف بمزدلفة لانه من الواجبات ايضا او ترك رمي الجمار كلها لتحقق ترك الواجب
ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق وقال بعض المشايخ يلزمه بترك رمي كل يوم دم
لان الجنايات وان كانت جنسا واحدا لكن في مجالس مختلفة فكان كمن قص اظافير يديه
ورجليه في مجالس مختلفة كما تقدم والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي
لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على الترتيب
ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما او ترك رمي جمرة العقبة يوم النحر
لانه كل وظيفة هذا اليوم من جهة الرمي وانما قيدنا بقولنا من جهة الرمي لان في هذا اليوم
غيره كالذبح والحلق والطواف فلو اقتصرنا لانه كل وظيفة هذا اليوم لم يكن على ما ينبغي
او ترك اكثره اي اكثر رمي جمرة العقبة لان للاكثر حكم الكل وان ترك منها حصاة
او حصاتين او ثلاثا تصدق لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فحينئذ ينقص
ما شاء لان المتروك هو الاقل فيكفيه الصدقة ولو طاف للقدوم او للصدر محدثا
فعليه صدقة لان طواف الصدر واجب وطواف القدوم وان كان سنة لكن بالشروع
صار واجبا فاذا دخل النقص فيهما بترك الطهارة وجب الصدقة وقال الشافعي
لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف صلاة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق فيكون
الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة
فلم تكن الطهارة شرطا قال المولى سعدي افندي اقول المأمور به في الاية هو طواف
الزيارة على ما سبق فلا يعم طواف القدوم ولا الصدر فاوجه دلالته على عدم
اشتراط الطهارة في طواف القدوم والصدر والجواب انه يعلم منه ذلك بطريق
الدلالة والاولوية تأمل انتهى وكذا يلزمه الصدقة لو ترك دون اربعة من الصدر
لاظهار التفاوت بين ترك الاقل من طواف الصدر والاقل من طواف الزيارة
والمراد بالصدقة هاهنا ان يكون لكل شوط منه نصف صاع من حنطة
والحاصل ان اكثر طواف الصدر بمنزلة اقل طواف الزيارة في وجوب الشاة
فاذا كان في اكثره شاة فلا بد ان يكون في اقله صدقة او ترك رمي احدى
الجمار الثلاث لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا
ان يكون المتروك اكثر من النصف بان رمى ثماني حصيات فترك
ثلاث عشرة حصاة فيجب عليه الدم لوجود ترك الاكثر ٥

ولو ترك

ولو ترك طواف الركن او اربعة منه بقي محرما ابدا حتى يطوفها قال صاحب الهداية ولو لم يطف طواف الزيارة
حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء
ابدا حتى يطوف طواف الزيارة وكذا لو ترك اربعة اشواط منه بقي محرما ابدا حتى يطوفها
لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا وان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه بدنة
كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجناية اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة
اظهارا للتفاوت والافضل ان يعيده ما دام بمكة لان فيه تحصيل الجبر بما هو من جنسه
ويسقط الدم بناء على ان الطواف الاول وان كان بغير طهارة معتد به ولا لزم الدم على قولهما
بالتاخير واذا كان معتدا به بنقصانه وقد اعاده لم يبق الا شبهة النقصان وهي نقصان الطواف
بالحدث وهي لا توجب شيئا قال صاحب الهداية والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة
ولا ذبح عليه وفي بعض نسخ المبسوط وعليه ان يعيده والاصح ان يؤمر بالاعادة في الحدث
استحبابا وفي الجناية ايجابا لفحش النقصان بسبب الجناية وقصوره بسبب الحدث
ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا
شبهة النقصان وان اعاده وقد طاف جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان
اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة بالتاخير على ما عرف من مذهبه اذا تقرر هذا فنقول
في تقرير المصنف هذه المسألة كلام لانه ساق افضلية الاعادة بطوافه جنبا ولم يذكرها
في طوافه محدثا اصلا بل فصل بينهما بمسائل فكان المناسب له ان يقول وعليه ان يعيده
اذا طاف جنبا ويستحب اذا كان محدثا كما قال هكذا صاحب مجمع البحرين
ولو طاف للصدر طاهرا في ايام التشريق بعد ما طاف للركن محدثا فعليه دم ولو كان بعد
ما طافه جنبا فدمان عنده وعندهما دم فقط ايضا لانه كمل للصدر طاهرا بعد ما طاف للركن محدثا
والفرق ان طواف الصدر في الوجه الاول لم ينتقل الى طواف الزيارة لان طواف الصدر واجب
واعادة طواف الزيارة بالحدث مستحبة فلم ينتقل اليه وفي الوجه الثاني وجب نقل طواف
الصدر الى طواف الزيارة لان الاعادة واجبة وفي اقامة هذا الطواف مقام طواف الزيارة
فائدة اسقاط البدنة عنه وقد وجبت العزيمة في ابتداء الاحرام للافعال على الترتيب
المشروع فبطلت نيته على خلاف موجبه فصرف الى ما عليه كمن عليه السجدة الصلبية
اذا سجد للسهو تصرف الى الصلاتية دون السهو فيصير كانه طاف طواف الزيارة في اخر
ايام التشريق ولم يطف للصدر فيجب دم لترك طواف الصدر ودم لتاخير طواف الزيارة
عن ايام النحر عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه وقالا يجب دم لترك طواف الصدر ولا شيء
لتاخير طواف الزيارة على ما عرف من هنا وان طاف لعمرته وسعى محدثا يعيدهما ما دام بمكة
ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فان لم يفتقر
الى الطهارة فلانه تبع للطواف فيعاد كي يقع عقيب الطواف فان رجع الى اهله ولم يعدهما
فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير
وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به شرعا لان الطهارة لتكميل الطواف
ولا شيء لو اعاد الطواف فقط وهو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام المحبوبي
هو الصحيح احترازا عما قال بعض المشايخ اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه
دم لما اعاد الطواف فقد نقض الطواف الاول واذا انتقض ذلك حصل السعي قبل
الطواف فلا يعتد به فيكون تاركا للسعي فيجب عليه دم ووجه الصحيح ان الطهارة ليست
بشرط في السعي وانما الشرط فيه ان يكون على اثر طواف معتد به وطواف المحدث
كذلك ولهذا يتحلل به فاذا اتى به مع تقدم الشرط عليه حصل المقصود فان اعاده تبعا
للطواف فهو افضل والا فلا شيء عليه وان جامع المحرم في احد السبيلين قبل الوقوف
بعرفة ولو ناسيا فسد حجه ومضى فيه كما يمضي من لم يفسد حجه وقضيه وعليه
والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل عن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان

وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة ولا فرق في ذلك بين ان يكون عامدا او ناسيا او نائمة او مكرهة
وقال الشافعي جماع الناسي والنائمة والمكرهة غير مفسد للحج لانه انما يفسد بالجناية وهي
انما تحصل بالقصد ولا قصد في افعالهم ولنا ان المحظور فيه عين الجماع وهو لا ينعدم بالاعذار
لم يعتبر منه والمراد من الدم شاة وقال الشافعي تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد
الوقوف بعرفة بل اولى لان معنى الجناية قبل الوقوف اكثر لانها وقعت في مطلق الاحرام
فلا يجوز ان يتغلظ الجناية ويتقاصر الواجب والحجة عليه اطلاق ما روينا وهو قوله
يريقان دما وذكره مطلقا يتناول الشاة لانه متيقن وقيل المطلق ينصرف الى الكامل
والجزور كالغير فصرف اليه قيل ان المطلق ينصرف الى الكامل اذا لم يكن ما يمنعه وهو ههنا
موجود لان الجماع لما كان سببا للقضاء وخف معنى الجناية لاستدراك المصلحة
الفائتة بالقضاء فلو اوجبنا البدنة لزم ايجاب الجزاء الغليظ في مقابلة جناية خفيفة
وهو خلاف مقتضى الحكمة بخلاف ما بعد الوقوف فان الجناية لم تخف لعدم وجوب القضاء
فايجاب البدنة في مقابلتها على مقتضى الحكمة وليس عليه ان يفارق عن زوجته في القضاء
عندنا خلافا لمالك اذ [illegible] بينهما ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي
جامعها فيه للشافعي انهما يتذكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان فيه
ولنا ان الجامع وهو النكاح قائم بينهما فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الجماع
ولا بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة
فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق الا يرى ان الزوج لا يؤمر ان يفارقها
في الفراش حالة الحيض مع انهما ربما يتذكران ما كان بينهما من الحالة في حالة
الطهر فتهيج لهما الشهوة فيقعان في الجماع فكما لا يعتزلها في الفراش ههنا [illegible]
فان قلت قد روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا يفترقان وقولهم حجة
قلت انما يكون حجة اذا انقرض العصر ولم يوجد الخلاف وقد روي عن الحسن وعطاء
مثل قولنا وهما قد ادركا عصر الصحابة فيكون خلافا لهما معتبرا ولا ينعقد الاجماع
كذا في البناية وان جامع بعد الوقوف قبل الحلق لا يفسد الحج وعليه بدنة
لقوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول
ابن عباس رضي الله عنهما اذا جامع بعد الوقوف بعرفة فقد تم حجه وعليه بدنة
او لانه اعلى انواع الارتفاق فيتغلظ موجبه وهو البدنة ولو جامع بعد الحلق قبل
طواف الزيارة فعليه دم اي شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط
وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة وقال الشافعي اذا جامع
بعد الوقوف قبل رمي جمرة العقبة يفسد حجه لان احرامه قبل الرمي كامل حيث
لا يحل له شيء مما هو حرام على المحرم والجماع في الاحرام المطلق يفسد الحج كما اذا كان
قبل الوقوف بعرفة بخلاف ما بعد الرمي لانه قد جاء اوان التحلل وحل له الحلق الذي
كان حراما على المحرم وكذا يلزمه دم لو قبل او لمس بشهوة وان لم ينزل
لان فساد الحج يتعلق بالجماع وهذا لا يفسد بسائر المحظورات والتقبيل والمس
ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الارتفاق
والاستمتاع بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم وان لم ينزل بخلاف الصوم
لان المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل بدون الانزال دون الفرج
وكذا يلزمه دم لو جامع في عمرة قبل طواف الاكثر وفسدت وقضاها
وان جامع بعد طواف الاكثر لزم الدم ولا تفسد العمرة وقال الشافعي
تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج لانها فريضة عنده كالحج فالوجهان
في فساد الحج عنده فكذلك في العمرة ولنا انها سنة فكانت احط رتبة
من الحج فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت بين الفرض والسنة

قال صاحب العناية

قال صاحب العناية يتوهم من هذه المسألة تفضيل نقصان طواف العمرة على طواف الزيارة
فانه اذا جامع بعد ما طاف لطواف الزيارة اربعة اشواط لم يجب عليه شيء وان فعل ذلك
في طواف العمرة فعليه شاة واجيب بان ذلك ليس من حيث التفضيل بل من حيث
محل الجناية وذلك لان طواف الزيارة على الوجه المسنون في الترتيب انما يؤتى به بعد
التحليل بالحلق او التقصير غاية ما في الباب ان حكمه تأخر في حق النساء لمعنى هو وقوع الركن
في الاحرام فقام اكثر الاشواط مقام كله بخلاف العمرة فان طوافها قبل التحلل فكان ارتكاب المحظور
في محض الاحرام فيجب الدم ولهذا قلنا ان لم يحلق قبل طواف الزيارة وجامع بعد ما طاف
اربعة اشواط وجب عليه دم كما في طواف العمرة كذلك انتهى ولا شيء عليه ان
انزل بنظر ولو الى فرج لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى
وان اخر الحلق او طواف الزيارة عن ايام النحر فعليه دم عنده لحديث ابن مسعود رضي الله عنه
وهو انه قال من قدم نسكا على نسك فعليه دم فان قيل ثبت في الصحيحين عن عبد الله بن عمرو
بن العاص انه عليه السلام قال افعل فلا حرج فما سئل عليه السلام عن شيء قدم واخر
الا قال افعل ولا حرج وذلك دليل واضح على ان لا شيء عليه في التقديم والتاخير
فالجواب انه متروك الظاهر لانه يدل على عدم لزوم القضاء ايضا ويجوز ان يكون السائل
مفردا وتقديم الذبح على الرمي لا يوجب عليه شيئا سلمناه ولكن يكون معارضا
بما روينا من حديث ابن مسعود ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان
كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان خلافا لهما لان ما فات مستدرك
بالقضاء فلا يجب مع القضاء شيء اخر لانه لو وجب عليه الدم وفيه معنى الجبر كالقضاء
لتعدد الجابر مع اتحاد الفائت وخالف زفر وكذا الخلاف لو اخر الرمي او قدم
نسكا على نسك هو قبله كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح
وان حلق في غير الحرم لحج او عمرة فعليه دم خلافا لابي يوسف قال صاحب الهداية ذكر
في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكر في الحاج فقيل هو بالاتفاق لان السنة
جرت في الحج بالحلق في منى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف ايضا هو يقول
الحلق غير مختص بالحرم لان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا
في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في اخر الصلاة فانه من واجباتها
وان كان محللا وانما صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه
فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان وهو ايام النحر والمكان وهو الحرم عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند
زفر يتوقت بالزمان دون المكان ودليل الكل في شرح الهداية اطلب منها
يقول الفقير احصارهم بالحديبية كان في العمرة على ما ذكر في كتب الحديث فكيف يستدل
على ان الحلق غير مختص بالحرم في الحج والعمرة وصاحب الهداية ساقه على طريقة ان ابا يوسف
خالفهما في الحج والعمرة جميعا بدليل قال والاصح انه على الخلاف وظني انه استدلال لابي يوسف
على مذهبه بحلقهم يوم الحديبية في الحديبية يدل على ان جوازه في العمرة فقط لانها المتنازع
فلو عاد المعتمر بعد خروجه من الحرم وقصر فلا دم عليه اجماعا لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه
ولو فعل الحاج ذلك لم يسقط عنه دم التاخير عند ابي حنيفة ولو حلق القارن قبل الذبح
لزم القارن دمان عنده دم للقران ودم لتاخير الذبح عن الحلق وعندهما دم واحد
وهو دم القران ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا ان التاخير عنده يوجب الدم
ولا يجب عندهما والدم حيث ذكر شاة تجزئ في الاضحية والصدقة ما تجزئ في الفطرة
قال صاحب الهداية ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين من
طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة وكل صدقة في الاحرام فهي نصف صاع
من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة فانه يتصدق بينهما ما شاء على ما سيجيء ان شاء الله

وقد قال عليه السلام تمرة خير من جرادة [illegible]

فصل

لما كانت الجناية على الاحرام بالصيد نوعا آخر فصل عما قبله في فصل على حدة قال صاحب الهداية
والصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش باصل الخلقة فقوله الحيوان بمنزلة الجنس وقوله الممتنع
وهو الذي يمنع نفسه عمن قصده اما بقوائمه او بجناحه يخرج الحيوانات الاهلية كالبقر والغنم
ونحوهما وكالدجاج والبط الاهلي وقوله المتوحش في اصل الخلقة ليدخل فيه الحمام المسرول
والظبي المستانس ويخرج مثل الابل المتوحشة لان الاستيناس في الاول والتوحش في الثاني
عارض لا معتبر به وهو على نوعين بري وهو ما يكون توالده ومثواه في البر وبحري وهو ما يكون
توالده ومثواه في الماء والاعتبار بالتوالد لانه الاصل فالبط والاوز برياني لان مولدهما في البر
والضفدع بحري لان مولده البحر وصيد البحر حلال للمحرم سواء كان ماكولا او لم يكن وصيد البر
محرم عليه وعرفناه ان قتل المحرم صيد البر او دل عليه من قتله فعليه الجزاء
اما القتل فلقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم
يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما
ليذوق وبال امره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز ذو انتقام
فهذه الآية نص على ايجاب الجزاء على القاتل واما الدلالة فعلى القسمة العقلية اربعة
اقسام اما ان يكون الدال والمدلول حلالين او محرمين او الدال حلالا والمدلول محرما
او بالعكس ففي الاول لا شيء عليهما وفي الثاني على كل واحد منهما فيه جزاء كامل
وفي الثالث على المدلول الجزاء دون الدال وفي الرابع عكسه وقال الشافعي لا شيء
على الدال اصلا لان الجزاء يتعلق بالقتل وهو والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة
ولنا ما روينا فيما سبق في باب الاحرام من حديث ابي قتادة رضي الله عنه قال الكمال
سعد افندي وفيه انه لا يدل على الجزاء انتهى يقول الفقير لكن يدل على ان الدلالة
من محظورات الاحرام والاصل عندهم ان ارتكاب المحظورات يوجب الجزاء فيدل
ذلك الحديث على وجوب الجزاء على الدال قطعا وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال
الجزاء ومراده من الناس الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين قال الطحاوي لم يرو
عن احد من الصحابة خلاف ذلك فصار ذلك اجماعا ورد بانه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه قال ليس على الدال الجزاء واجيب بانه ليس بثابت ولئن كان يحمل على ما اذا دل
ولم يتصل القتل فان الاجماع فيما اذا قتله فكان كلامه غير متعرض لمحل الاجماع
وهو اي الجزاء قيمة الصيد بتقويم عدلين يعني يقومه ذوا عدل من حيث انه صيد
لا من حيث ما زاد فيه صنعه فاذا قتل المحرم البازي المعلم فعليه قيمته غير معلم
وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا قتله لغيره فانه يجب قيمته معلما واجيب
بان موجب الجزاء باعتبار معنى الصيدية وهو التوحش والنفور عن الناس وكونه
معلما لا مدخل له في ذلك بل ينتقص به ذلك فلا يدخل في الجزاء وبخلاف ما اذا كان
مملوكا لانسان فان متلفه يغرم قيمته معلما لان موجب القيمة هناك باعتبار
المالية ومالية بكونه منتفعا به وفي الموعود بكونه معلما وكذلك الحمامة ان كانت
تجيء من موضع كذا ففي ضمان قيمتها على المحرم لا يعتبر ذلك المعنى وفي ضمانها فيها
للعباد يعتبر واما اذا كانت تصوت فان عادت قيمته لذلك ففي اعتباره
في الجزاء روايتان في رواية لا يعتبر لانه ليس من معنى الصيدية في شيء وفي اخرى
يعتبر لانه وصف ثابت باصل الخلقة في موضع قتله او في اقرب موضع منه ان لم يكن
له قيمة فيه اي موضع قتله ثم هو اي القاتل مخير ان شاء اشترى بها اي بقيمته هديا
ان بلغت قيمته هديا فذبحه بالحرم وان شاء اشترى بها اي بقيمته طعاما
فتصدق به اي بالطعام على كل فقير نصف صاع من بر او صاع من تمر
او شعير لا اقل منه وان شاء صام عن طعام كل فقير يوما ٥

قال صاحب الهداية

قال صاحب الهداية وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل
نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا
قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية
يعني كما في فطر الشيخ الفاني ويفدي عن كل صوم يوم بنصف صاع من بر فان فضل
اقل من طعام فقير تصدق به او صام عنه اي عن الفضل من طعام فقير يوما كاملا لان الصوم
اقل من يوم غير مشروع لانه لا يتجزى فمن ضرورة ثبوت بعضه ثبوت كله وعند محمد
وهو مذهب الشافعي يجب الجزاء نظير الصيد في الجثة لا في القيمة فيما له نظير استدلا
على ذلك بقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ووجهه ان مثل المقتول من النعم ما يشبه المقتول
صورة لان من النعم بيان للمثل والقيمة لا يكون نعما وبان الصحابة وهم عمر وعلي وعبد الله بن مسعود
رضي الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة
قال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وفي الارنب عناق بفتح العين المهملة الانثى
من اولاد المعز وفي اليربوع جفرة الجفر بفتح الجيم وبالفاء من اولاد المعز ما بلغ اربعة
اشهر والانثى جفرة وفي النعامة بفتح النون والعين المهملة من الطيور يذكر ويؤنث
يقال له بالفارسية اشتر مرغ بدنة اي ابل بعيرية فداء وفي الحمار الوحشي بقرة وفيما
لا نظير له كالعصفور والحمامة وامثالها عند محمد تجب القيمة بتقويم ذوي عدل وذلك مثل العصفور واشباهه
وعندنا اعتبار القيمة فيما لا نظير له قول محمد فقط والشافعي يوجب في الحمامة شاة
ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر والعب من باب طلب
ان يشرب الماء من غير ان يقطع الجرعة والهدير من باب ضرب ظهور الصوت في الشرب
والعامد والناسي سواء كانا قاتلين او دالين والمبتدي والعائد في ذلك اي في وجوب
الضمان سواء اما العامد والناسي فلان ضمانهما ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف وكل
ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فالعامد فيه كالناسي كما في غرامات الاموال فان قيل
ليس هذا كغرامات الاموال الا ترى ان رجلين ان اشتركا في اتلاف شاة الغير كان
على كل منهما نصف القيمة وان اشتركا في قتل صيد كان على كل منهما جزاء كامل
فالجواب ان مناط الالحاق مدارية الاتلاف للضمان وقد وجدت ولا اتحاد
في جميع الجهات برفع التعدد ويبطل القياس فان قيل هذا تعليل على مخالفة النص
الناطق وهو قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا نص على التعمد وهو يخالف النسيان
فالجواب ان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فجاز ان يثبت حكم
النسيان بدليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه شاة
من غير فصل بين عمد ونسيان وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف وسعد ابن
ابي وقاص رضي الله عنهم الا ترى الى ما قال صاحب الكشاف من انه نزل الكتاب
بالعمد وقد وردت السنة بالخطا فان قيل فما فائدة قوله متعمدا اجيب بان فائدة
ذكر العمد في الآية شرعية التخيير في حالة العمد ~~واما ان ذكر التعمد~~ لانه لو ذكر الخطا
واثبت التخيير لما ثبت التخيير في حالة العمد واما اذا ذكر التعمد واثبت التخيير
دل على ثبوت التخيير في الخطا بالطريق الاولى فانه اذا ذكر التعمد والوعيد المذكور
بعد هذا بقوله ليذوق وبال امره وهذا لان الخاطي لا يستحق الوعيد وان
مورد الآية فيمن تعمد فقد روي انه عن لهم في عمرة الحديبية حمار وحش فحمل عليه
ابو اليسر فطعنه برمحه فقيل له انك قتلت الصيد وانت محرم فنزلت الآية واما المبتدي
والعائد فلان العلة الموجبة كما وجدت ابتداء فقد وجدت في المرة الثانية فلا يختلف الحكم
فان قيل قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه جعل كل جزائه انتقام الله تعالى فلا يكون له جزاء
فالجواب ان هذا متمسك ابن عباس وداود والاصفهاني ان موجب العائد ان ينال
الاذى فينتقم الله منه لكنا نقول الله ذلك وان كان مستحقا به كما في قوله تعالى

قال مولانا الفاضل سعدي افندي اقول لهما ان يقولا ما الدليل على هذا التقييد ولم لا يجوز ان يكون العود متعمدا يمنع وجوب الكفارة لعظم الذنب والحاق العائد بالمبتدي بالدلالة ليس كالمخطئ بالمتعمد عندهما فان العائد اعظم جرما من المبتدي الا يرى ان الصغيرة بالاصرار تكون كبيرة انتهى. وان جرح الصيد او قطع عضوه او نتف شعره ضمن ما نقص من قيمته اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد لان اتلاف الكل يوجب ضمان الكل فاتلاف البعض يوجب ضمان البعض وان نتف ريشه اي ريش الصيد والريش جمع ريشة وهي الجناح او قطع قوائمه القوائم الارجل فخرج من حيز الامتناع اي خرج من حد كونه ممتنعا وهو اي كونه ممتنعا قد يكون بالطيران او بالعدو او بالدخول في الجحر فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه وان حلب الصيد فقيمة لبنه اي فعليه قيمة لبنه لان اللبن من اجزاء الصيد لقوله تعالى نسقيكم مما في بطونها وكلمة من للتبعيض فاشبه كله وان كسر بيضه اي بيض الصيد فقيمة البيض وهذا مروي عن علي وابن عباس ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد واما اذا فسد بان كانت قذرة فلا شيء عليه لانه لم يتلف صيدا ولا ما هو بعرضية ان يصير صيدا وان خرج من البيض فرخ ميت فقيمة الفرخ حيا وهذه المسألة لا تخلو من ان يعلم انه كان حيا ومات بالكسر او علم انه كان ميتا او لم يعلم ان موته بسبب الكسر اولا فان كان الاول ضمن قيمته وان كان الثاني فلا شيء عليه وان كان الثالث فالقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وفي الاستحسان يجب عليه قيمة الفرخ حيا لان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وههنا اشكالان ذكرهما صاحب العناية مع جوابهما اطلب منه ولا شيء بقتل غراب يأكل الجيف ويخلط النجاسات مع غيرها لانه يبتدئ بالاذى بان يقع في دبر الدابة واما الغراب الذي يأكل الزرع فانه يجب الضمان وحداة على وزن عنبة وذئب وحية وعقرب وفارة وكلب عقور وبعوض ونمل وبرغوث وقراد وسلحفاة بضم السين المهملة وفتح اللام وسكون الحاء المهملة نوع من حيوان الماء قال صاحب الهداية وليس في قتل الغراب والحداة والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات قيل المراد بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف لانه يبتدئ بالاذى واما العقعق فغير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما اي من الكلب العقور وغير العقور سواء قال صاحب العناية اما العقور فقط لانه ورد فيه الحديث واما غيره فانما لم يجب فيه الجزاء لانه ليس بصيد لعدم توحشه خلقة انتهى ما ذكره صاحب العناية ثم قال صاحب الهداية والفارة الاهلية والوحشية سواء اي في عدم وجوب الجزاء بقتلهما وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن قال صاحب العناية يعني انها ليست بمتوحشة ولا بالهوطية له وليست بمتولدة من البدن حتى يكون من باب قضاء التفث كالقملة ثم هي مؤذية بطباعها فلا يجب بقتلها شيء انتهى قال صاحب الهداية والمراد بالنمل النمل السوداء والصفراء التي تؤذي وما لا تؤذي لا يحل قتله ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى اي لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ولا شيء عليه في قتل السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ولانه يمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا انتهى ما ذكره صاحب الهداية.

وان قتل

وان قتل قملة او جرادة تصدق بما شاء وتمرة خير من جرادة والمراد بما شاء شيء كف من طعام لان القملة متولدة من الوسخ الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزئه ان يطعم مسكينا شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا وكذلك في القملتين والثلاث وان كثر اطعم نصف صاع لكثرة الارتفاق كذا في الاختيار ومن قتل جرادة تصدق ايضا بما شاء لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وقوله تمرة خير من جرادة قول عمر رضي الله عنه قصته ان اهل حمص اصابوا جرادا كثيرا في احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر ارى دراهمكم كثيرة يا اهل حمص تمرة خير من جرادة فهذا يدل على انه لو تصدق بتمرة مكان جرادة جاز ولا يتجاوز شاة في قتل السبع وقال زفر يجب قيمته بالغة ما بلغت اعتبارا بمأكول اللحم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه الشاة فلا يجوز الزيادة عليها وان صال السبع فلا شيء بقتله وقال زفر يجب قيمته اعتبارا بالجمل الصائل يعني اذا صال الجمل على انسان فقتله الانسان يجب قيمته وان قتله دفعا عن نفسه فكذا هنا ولنا ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه علل بالابتداء فدل على انه لو لم يبتدئه لا يجب عليه شيء والا لم يبق للتعليل فائدة واعترض بان التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه فلا يصح الاستدلال واجيب بان ذلك في خطاب الشرع اما في الروايات فيدل قال صاحب العناية وفيه نظر لان قول عمر في هذا المحل بمنزلة خطاب الشرع لانه في حيز الاستدلال به فلا يفيد والجواب ان الاستدلال انما هو بفعله وقوله وههنا سؤال وجواب ذكره في العناية اطلب منه فان اضطر المحرم الى قتل الصيد في حال المخمصة فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص وهو قوله تعالى فمن كان منكم مريضا او به اذى من رأسه ففدية الآية فكان فائدة الاذن رفع الجناح لا غير وتناول الميتة اولى من تناول الصيد اذا احتاج الى اكل الميتة او الصيد كذا في مجمع البحرين وللمحرم ذبح شاة وبقرة وبعير ودجاج وبط اهلي لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش بخلاف البط الوحشي فانه يجب الجزاء بقتله كذا في الكافي وللمحرم صيد سمك لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الآية وعليه اي على المحرم الجزاء بذبح حمام مسرول وهو بفتح الواو حمام في رجليه ريش كانه سراويل من سرولته اذا البسته السراويل خلافا لمالك لانه الوف مستأنس ولا يمتنع بجناحه لبطء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر او بذبح ظبي مستأنس لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس العارض كالبعير اذا ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم ولو ذبح المحرم صيدا فهي ميتة لان الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي ولو اكل المحرم الذابح منه اي من الصيد فعليه قيمة ما اكل مع الجزاء يعني اذا اكل المحرم الذابح منه فعليه قيمة ما اكل مع وجوب الجزاء عند ابي حنيفة لان اكله ايضا محظور احرامه وعندهما ليس عليه قيمة ما اكل لان حرمته للذبح لانه ميتة لا لانه صيد فغايته انه اكل ميتة فلا يلزم عليه الا الاستغفار قال الامام التمرتاشي اذا اكل بعد ما ادى الجزاء يلزم عليه قيمة ما اكل ايضا واما اذا اكل قبل اداء الجزاء فيدخل فيه ما اكل في الجزاء بخلاف محرم آخر اكل منه فانه لا شيء عليه في قولهم جميعا غير الاستغفار لان تناوله ليس من محظورات احرامه ويحل للمحرم لحم صيد صاده حلال وذبحه ان لم يدل المحرم عليه ولا امر بصيده ولا اعانه خلافا لمالك فيما اذا اصطاده حلال لاجل المحرم لقوله عليه الصلاة والسلام لا بأس باكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه السلام لا بأس به.

وقصته ما روي عن طلحة رضي الله عنه انه قال تذاكرنا لحم الصيد في حق المحرم فارتفعت اصواتنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم نائم في حجرته فخرج الينا وقال فيم انتم تذاكرنا ذلك له فقال لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم لان تمليك الصيد انما يتحقق فيما اهدي الصيد الى المحرم لا فيما اهدي اليه اللحم لان اللحم لا يسمى صيدا حقيقة فيكون مقتضى الحديث حرمة تناول الصيد وبه نقول لانه ثبت ان الصعب بن جثامة رضي الله عنه اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم اي محرمون ومن دخل الحرم وفي يده صيد فعليه ان يرسله صورته حلال دخل الحرم بصيد الحل وهو ممسك له بيده يجب عليه ان يرسله فيه خلافا للشافعي لانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد اليه كالاشجار فان ما ينبته الناس منها في الحرم لا يثبت فيها حرمة الحرم ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم بالدخل فيه فاستحق الامن بالحديث الطويل وهو قوله لا ينفر صيدها الحديث وقول الشافعي وحق الشرع لا يظهر في مملوك العبد تعليل في معارضة الحديث فلا يلتفت اليه فان باع ان الصيد بعد ما دخل في الحرم رد البيع ان كان الصيد باقيا لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام فان فات لزم الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه ومن احرم وفي بيته او في قفصه صيد لا يلزم ان يرسله لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود نحو الصقور والشاهين وداجن نحو الغزال ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه في ملكه وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ان يرسله لكن على وجه لا يضيع لان اضاعة المال حرام فيرسله او يودعه عند انسان كذا في الهداية قال مولانا الفاضل سعدي افندي ومنه يعلم ان ما يفعله الناس من اشتراء الطيور في الصباح ثم اطلاقها منهي عنه لانها ملكه وتضييع الملك منهي عنه انتهى وقال الشافعي عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده وان اخذ حلال صيدا ثم احرم فارسله آخر ضمن المرسل عند ابي حنيفة لانه ملك بالاخذ ملكا محترما بدليل ان الحلال اذا اخذ الصيد ثم احرم ثم ارسله ثم حل من احرامه فوجده في يد غيره لا سبيل له عليه واذا كان ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اخذه محرم لانه لا يملكه فان قتل ما اخذه المحرم محرم آخر ضمنا لان الآخذ متعرض للصيد الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فانهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين ابن الزوج لان الزوجة قبل الدخول في معنى الفسخ لا يوجب على الزوج شيئا اذا كانت من جهتها كتقبيل ابن زوجها وهم باضافة الفرقة الى الزوج الزموا نصف المهر فيضمنون ذلك اذا رجعوا ورجع آخذه على قاتله بما ضمن من الجزاء وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك وهو القاتل جعل بالتقبل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيضاف الضمان اليه كغاصب الغاصب اذا اتلف المغصوب فان حاصل الضمان يستقر عليه وهنا سؤال وجواب ذكرهما صاحب العناية فتدبر انتهى

وان قتل الحلال صيد الحرم فعليه على الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم لما روينا من الحديث الطويل انفا قبل الصيد كما استحق الامن بسبب الحرم لما روينا فكذلك استحقه بسبب الاحرام فقتل المحرم صيد الحرم ينبغي ان يجب عليه كفارتان وليس كذلك قلت وجوب الكفارتين مذهب البعض صرح بذلك في الايضاح ووجه استحسانا ما ذكر في شرح الطحاوي ان حرمة الاحرام اقوى لان المحرم يحرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعا فاستتبع الاقوى الاضعف كذا في العناية وان حلبه اي وان حلب الحلال صيد الحرم فقيمة لبنه ومن قطع حشيش الحرم او شجره غير منبت على صيغة اسم المفعول ولا مما ينبته الناس ضمن قيمته اعلم ان حشيش الحرم وشجره على نوعين شجر انبته الانسان وشجر نبت بنفسه وكل واحد منهما على نوعين لانه اما ان يكون من جنس ما ينبته الناس او لا والاول بنوعيه لا يوجب الجزاء والاول من الثاني كذلك لا يوجب الجزاء وانما يجب الجزاء في الثاني من الثاني وهو ما نبت بنفسه وليس من جنس ما ينبته الناس لقوله عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها الا ما جفت منها وتكسر فانه لا بأس بالانتفاع به لان ثبوت الحرمة بسبب الحرم لما يكون ناميا فيه حياة والمنكسر واليابس ليس فيه معنى النمو فلا بأس بالانتفاع وذكر في الايضاح لفظ الحديث لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها والشجر اسم لما كان بنمو واما اليابس فهو حطب وليس بشجر كذا في النهاية والتصدق متعين في هذه الاربعة ولا يجزئ الصوم اي في ذبح الحلال صيد الحرم وحلبه وقطع عشبه وشجره واما في ذبح المحرم صيد الحرم فانه يتأدى كفارته بالصوم كذا في النهاية والعناية اما تعين التصدق فيها وعدم اجزاء الصوم فلان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحل لا من جزاء الافعال والصوم قربة يصلح ان يكون جزاء لفعل محرم ولما صار هذا الضمان باعتبار المحل اشبه ضمان الاموال فلم يجز فيها الصوم وخلاصته انه لما زال الامن عن محل امن لحق الله تعالى فيلزم بمقابلته اثبات صفة الامن عن الجوع للمساكين حقا لله تعالى وذلك بالاطعام دون الصيام وفي اجزاء الهدي في ذبح الحلال صيد الحرم روايتان في رواية يجزئه حتى اذا سرق المذبوح لا يلزمه شيء وفي رواية لا يجزئه حتى اذا سرق المذبوح عاد الواجب كما كان وحرم رعي حشيشه وقطعه وقال ابو يوسف لا بأس بالرعي لان فيه ضرورة يعني ان الذين يدخلون الحرم للحج او العمرة يكونون على الدواب ومنعها عنه متعذر فتحققت الضرورة ولنا ما رويناه من قوله عليه السلام لا يختلى خلاها والضرورة انما تعتبر فيما لا يكون نص بخلافه وحمل الحشيش من الحل ممكن ولا ضرورة فيه قال مولانا الفاضل سعدي افندي فان قيل مواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع انتهى الا الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم في آخر الحديث روي ان العباس رضي الله عنه لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها قال الا الاذخر يا رسول الله فانا نجعله في قبورنا وبيوتنا فقال عليه السلام الا الاذخر وتأويله انه عليه السلام كان قصده ان يستثني الاذخر الا ان العباس سبقه بذلك او كان اوحى الله اليه في هذا الوقت ان يرخص فيما يستثنيه العباس فان قيل في هذا التقدير كان قوله لا يختلى خلاها عاما مخصوصا بدليل مقارن فلم يخص الرعي بالقياس عليه لانه لا يبقى قطعيا بعد ما خصص مرة فيجوز تخصيصه بالقياس ثانيا قلت الاستثناء ليس بتخصيص على ما عرف في الاصول ولئن سلمناه كان الاذخر مخصوصا بالضرورة وقد ذكرنا ان لا ضرورة في الرعي وكل ما على المفرد به دم فعلى القارن به دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي عليه دم واحد كما اذا جاوز الميقات غير محرم خلافا لزفر يعني يقول عليه دمان لكل احرام دم كما في سائر المحظورات

بناء على انه محرم باحرام واحد عنده الا ان الميقات غير محرم بالحج والعمرة فيلزمه دم واحد

ولنا ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد الا يرى انه لو احرم للعمرة عند الميقات
ثم احرم للحج بعدما جاوز الميقات كان جائزا ولا شيء عليه بعد انه قارن ايضا وبتاخير
واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد وان قتل محرمان صيدا فعلى كل منهما جزاء كامل
لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء
بتعدد الجناية اما انه يصير جانيا فلان الفعل الذي لا يقبل التجزية اذا صدر من فاعلين
يضاف الى كل واحد منهما كملا كما في القصاص واما انه جناية تفوق الدلالة فلان الدلالة
دونه ولما كان كل واحد منهما جانيا تلك الجناية كانت الجناية متعددة وتعددها
يوجب تعدد الجزاء لا محالة وقال الشافعي عليهما جزاء واحد لان من اصله ان الاعتبار
للمحل وعن هذا قال الدال الذي لم يتصل فعله بالمحل لا يلزمه شيء والمحل ههنا واحد فلا يلزم
الا جزاء واحد وان قتل حلالان صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل
عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية
واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة لكون الكفارة جزاء الفعل والدية بدل المحل
ويبطل بيع المحرم الصيد وشراؤه لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه
بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية الحرم من الحرم فولدت وماتا اي
الظبية والولد ضمنهما لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا
ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الاولاد كالحرية
والرق والكتابة ونحوها ونوقض بولد المغصوبة فانها واجبة الرد الى مالكها
وهذه صفة شرعية ولم تسر الى ولدها فان زوائد المغصوب غير مضمونة والجواب
ان الصفة الشرعية تسري الى الاولاد اذا لم يكن مانع وصفة المغصوبية
تمنع عن ذلك لانها ليست بصفة شرعية ولان تصورها لا يتحقق في الاولاد
لان الغصب ازالة اليد المحقة وهي في الاولاد لا يتحقق لعدم ثبوت يده عليها ليزال بالصيد
فان ادى جزاءها ثم ولدت لا يضمن الولد لان بعد الجزاء لم تبق آمنة لان وصول قيمة
الى فقراء مكة بمنزلة وصول الصيد الى الحرم ولو وصل الظبية الى الحرم ثم ولدت فماتت
لا يجب عليه شيء فكذا اذا ولدت بعد اداء الجزاء قال صاحب العناية وفيه نظر
لانه يجوز ان يصرف القيمة الى فقراء مكة وغيرهم عندنا واما اذا ادى الجزاء الى غيرهم
يسقط عنه الضمان مع انه لم يصل الخلف الى فقرائها فلا يستقيم التعليل بان
وصول الخلف الى فقراء مكة كوصول الاصل الى مكة ه

باب مجاوزة الميقات بلا احرام

قال صاحب النهاية لما ذكر باب الجنايات وانواعها اعقبه ذكر باب مجاوزة الميقات
لان هذا من الجنايات ايضا فان قيل كان الواجب ان لا يجب على من جاوز الميقات بلا احرام
شيء لان المحرم للاشياء الموجبة للكفارة هو الاحرام ولا احرام لغير محرم في ذلك الوقت
فالجواب ان من جاوز الميقات بغير احرام ارتكب المنهي عنه فتمكن به في حجه نقصان
ونقصانا يجبر بالدم الا اذا تدارك ذلك في اوانه بالرجوع الى الميقات ملبيا قبل ان
من جاوز الميقات غير محرم ثم احرم لزمه دم لارتكابه المنهي عنه فان عاد اليه
اي الى الميقات محرما ملبيا يسقط الدم عند ابي حنيفة وعندهما يسقط بعوده
محرما وان لم يلب وقال زفر لا يسقط عنه الدم لبى او لم يلب لان جنايته
لم ترتفع بالعود لان حق الميقات انشاء الاحرام والراجع اليه ليس بمنشئ وصار
كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك
في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال وتدارك المتروك في اوانه يسقط الكفارة
بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك لان المتروك هنا استدامة الوقوف
الى غروب الشمس وبالعود لم يحصل ذلك على ما مر وبهذا الكلام تم الحجة على زفر

وبقي الكلام

وبقي الكلام بينهم في ان التدارك هل يحصل بمجرد العود او مع التلبية فعندهما بعوده محرما لان
اظهر حق الميقات هو المرور به محرما كما اذا مر به محرما ساكتا فانه اذا احرم من دويرة اهله ومر ساكتا
وكذا هنا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة ان يحرم من دويرة اهله فاذا احرم منها
صارت موضع احرامه فيشترط التلبية هنا فان لبى ثم سكت عند المرور بالميقات لا شيء
وليس الكلام فيه انما الكلام فيما اذا مر خص بالتاخير الى الميقات فانه يجب قضاء حقه بانشاء
التلبية والاحرام فاذا ترك ذلك بالمجاوزة حتى احرم وراء الميقات ثم عاد فان لبى فقد اتى
بجميع ما هو مستحق عليه فيسقط عنه الدم وان لم يلب فلم يأت بجميع ما استحق عليه فلا يسقط
وان عاد الى الميقات قبل ان يحرم فاحرم منه سقط الدم بالاتفاق لانه انشأ التلبية الواجبة
عند ابتداء الاحرام وكذا يسقط الدم لو احرم لعمرة ثم افسدها وقضاها قال صاحب الهداية
ومن جاوز الميقات بغير احرام فاحرم لعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها وليس عليه دم
قال صاحب العناية ذكر في هذه المسألة ثلاثة احكام المضي فيها وقضاؤها باحرام من الميقات
وسقوط الدم اما المضي فلان الاحرام عقد لازم فلا يخرج المرء عنه الا باداء الافعال واما القضاء
فلانه التزم الاداء على وجه الصحة ولم يفعل واما سقوط الدم فلانه اذا قضاها باحرام من الميقات
ينجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة بغير احرام فيسقط عنه الدم كمن سها في صلاته
ثم افسدها فقضاها سقط سجود السهو وقال زفر لا يسقط عنه الدم وان عاد الى الميقات
بعدما شرع في الطواف لا يسقط وحاصله ان مسألة العود على ثلاثة اوجه في وجه لا يسقط
بالعود بالاتفاق وهو هذه الصورة وفي وجه يسقط بالاتفاق وهو العود قبل الاحرام
وفي وجه على الاختلاف الذي ذكرناه وان دخل كوفي البستان اي بستان بني عامر لحاجة فله دخول مكة
بغير احرام لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله سواء
نوى الاقامة او لم ينو في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه شرط نية الاقامة خمسة عشر يوما في البستان
ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له ووقته اي ميقات الكوفي الذي دخل البستان لحاجة البستان
والمراد منه جميع الحل الذي بينه وبين الحرم لانه كان داخل الميقات فوقته الحل اي الحل الذي بين المواقيت و
قال صدر الشريعة بستان بني عامر موضع داخل الميقات خارج الحرم فاذا دخله لحاجة لا يجب عليه
لكونه غير واجب التعظيم فاذا دخله التحق باهله ويجوز لاهله دخول مكة غير محرم لكن ان اراد الحج
فوقته البستان اي جميع الحل الذي بين البستان والحرم لان الجميع كالبستان ومن دخل مكة بلا احرام
لمصلحة لم لزمه بسببه اما حج او عمرة كما اذا دخلها زائرا فلو عاد الى الميقات واحرم بحجة الاسلام عام
ذلك سقط عنه ما لزمه بعد دخول مكة من الحج او العمرة ايضا اي كما سقط الدم وقال زفر لا يسقط وهو
اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته وهي السنة
التي دخل فيها مكة لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الا
وان احرم بعدها اي بعد تلك السنة لا يسقط لانه صار دينا في ذمته بمضي وقت الحج فلا يتأدى الا باحرام
كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة التي نذر فيها دون العام الثاني
وان جاوز مكي او متمتع الحرم غير محرم فهو كمن جاوز الميقات غير محرم يعني اذا خرج المكي يريد الحج
ولم يحرم من الحرم فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان ميقاته الحرم وقد جاوز
بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع
اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم ولم يحرم من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم ايضا لانه
لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزم الدم بتأخيره
فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهذا ايضا على الخلاف الذي ذكرنا
ووقفه اي وقف المكي او المتمتع كطوافه اي كطواف من جاوز الميقات غير محرم وحاصله
ان من جاوز الميقات بغير احرام اذا عاد بعد الطواف فاحرم من الميقات لا يسقط الدم
وان عاد قبل الطواف فاحرم منه يسقط وكذلك المكي والمتمتع اذا جاوز الحرم وتوجه الى عرفة
ان عاد قبل الوقوف الى الحرم فاحرم يسقط الدم وان عاد بعدما وقف فاحرم لم يسقط عنه الدم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

اضافة الاحرام الى الاحرام في حق المكي ومن بمعناه جناية وكذلك اضافة احرام العمرة الى احرام الحج في حق الآفاقي بخلاف اضافة احرام الحج الى احرام العمرة فباعتبار معنى الجناية ذكرها عقب الجنايات وباعتبار عدمه جعلها في باب على حدة مكي طاف لعمرته شوطاً فاحرم بالحج رفضه وعليه دم وقضاء حج وعمرة عند ابي حنيفة اما الرفض فلان المكي منهي عن الجمع بين الاحرامين واما لزوم الدم فلاجل الرفض واما قضاء حج وعمرة فلانه كفائت الحج من حيث انه عجز عن المضي في الحج بعد شروعه وعلى فائت الحج حج وعمرة وقالا رفض العمرة احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لابد من رفض احدهما حذراً ان الاستدامة على غير المشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادون حالاً واقل اعمالاً وايسر قضاء لكونها غير موقتة قيد بالمكي لان الآفاقي اذا اهل بالعمرة اولاً فطاف لها شوطاً ثم اهل بالحج مضى فيهما ولا يرفض الحج لان بناء اعمال الحج على اعمال العمرة صحيح في حق الآفاقي كما سيأتي الا انه لو طاف لها اقل الاشواط كان قارناً وان طاف لها الاكثر كان متمتعاً لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة وللاكثر من الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما وقيد بالعمرة لان المكي اذا اهل بالحج فطاف له شوطاً ثم اهل بالعمرة فانه يرفض العمرة لان احرام بالحج قد تأكد وقبل التأكد كان يرفض فبعده اولى وقيد بشوط لانه اذا طاف لها اربعة اشواط لا خلاف في رفض الحج واما في الشوطين والثلاثة فقد صرح فخر الاسلام بوجود الخلاف الذي ذكر اذا طاف لها شوطاً كذا في العناية هـ فلو امضاهما صح لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا ان النهي يقتضي المشروعية دون النفي وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنهما وهنا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بحج ثم باخر يوم النحر فان كان قد حلق في الاول قبل احرام الثاني لزمه الثاني لما ذكرنا انه التزام محض ولا دم عليه لان الاول قد انتهى نهايته والا اي وان لم يحلق في الاول واحرم بحج اخر لزمه الثاني وعليه دم قصر بعد احرام الثاني اولم يقصر عند ابي حنيفة وعندهما ان لم يقصر فلا دم عليه لان الجمع بين احرامي الحج كما ان الجمع بين احرامي العمرة بدعة فاذا حلق للاول بعد احرام الثاني فهو وان كان نسكاً في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فيلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه شيء فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وخصهما وشرط التقصير عندهما قال صاحب العناية في تفسير قول صاحب الهداية وعليه دم قصر اولم يقصر عند ابي حنيفة اي حلق اولم يحلق ثم قال وانما عبر عنه بالتقصير لان وضع المسئلة في قوله ومن احرم بالحج ثم احرم اه يتناول الذكور والاناث فذكر اولاً لفظ الحلق ثم لفظ التقصير لما ان الافضل في حق الرجل الحلق وفي حق النساء التقصير قال المولى الفاضل سعدي افندي لا يفهم من تلك العبارة هذا التفصيل والاولى ان يقال ذكر تارة لفظ الحلق وتارة لفظ التقصير ايذاناً بجواز كل منهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى لزمه دم لاحرامه قبل وقت الاحرام يعني ان وقت الاحرام للعمرة الثانية بعد الحلق او التقصير للاولى فلما احرم للثانية قبل ذلك يكون محرماً قبل الوقت فيصير جامعاً بين احرامي العمرة فيلزم الدم وهو دم جبر وكفارة ولو احرم آفاقي بحج ثم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي فيصير بذلك قارناً لانه قرن بين النسكين لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئاً لان السنة ادخال الحج على العمرة بان يحرم الحج بعد احرام العمرة او يحرم بهما جميعاً فيؤدي العمرة ثم الحج

فان وقف

فان وقف بعرفة قبل افعال العمرة فقد رفضها اي العمرة لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة لا يصير رافضاً لها لو توجه الى عرفة ولم يقف لما مر في آخر باب القران من انه لا يصير رافضاً بمجرد التوجه وهو الصحيح من مذهب ابي حنيفة فان احرم بها اي بالعمرة بعد طوافه للحج ندب رفضها اي رفض العمرة لان احرام الحج قد تأكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج ويقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها فان مضى عليهما اي على العمرة والحج بان يقدم افعال العمرة على افعال الحج صح ولزمه دم لجمعه بينهما وهو دم جبر في الصحيح فلا يأكل منه الحاج لانه بانٍ افعال العمرة على افعال الحج من وجه وقوله في الصحيح احتراز عما اختاره شمس الائمة وقاضيخان والامام المحبوبي ان ذلك دم القران فيكون دم شكر وان اهل الحاج اي رفع صوته بالتلبية بعمرة يوم النحر او ايام التشريق لزمته اي لزمت العمرة الحاج لكونها غير موقتة ولان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي ولزمه اي الحاج رفضها اي العمرة لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانياً افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام لما سيذكر في باب الفوات من ان العمرة جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها ولزمه قضاؤها لصحة الشروع فيها ولزمه دم لرفضها فان مضى عليها صح لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولاً في هذه الايام باداء بقية افعال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيماً وعليه دم لجمعه بينهما قالوا وهذا دم كفارة ايضاً ومن فاته الحج فاحرم بحج او عمرة لزمه الرفض والقضاء والدم يعني من فاته الحج بفوات الوقوف بعرفة اذا احرم بحج او عمرة فانه يرفض الذي احرم به اما اذا احرم بحج فانه يرفضه لئلا يصير جامعاً بين احرامي الحج وعليه قضاؤه لصحة الشروع فيه ودم لرفضه بالتحلل قبل اوانه هـ واما اذا احرم بعمرة فان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة فيصير جامعاً بين العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين ثم يقضيها لما احرم به ايضاً لصحة الشروع ولزمه دم ايضاً

باب الاحصار والفوات

لما كان من الاحصار ما هو جناية على المحرم اعقبه باب الجنايات بباب على حدة ولم يذكره في باب مستقل بل ادخل فيه قال صاحب العناية يقول العرب احصر اذا منعه خوف او مرض من الوصول الى اتمام حجه او عمرته واذا حبسه سلطان او ظهر مانع يقولون حصر فالمحصر الممنوع من المضي على اتمام افعال ما احرم لاجله انتهى ان احصر المحرم بعدو او مرض او عدم محرم او ضياع نفقة فله ان يبعث شاة تذبح عنه في الحرم في وقت معين والاصل في ذلك قوله تعالى وان احصرتم فما استيسر من الهدي والنبي صلى الله عليه وسلم احصر هو واصحابه رضي الله عنهم عام الحديبية حين احرموا معتمرين فصدهم المشركون عن البيت فصالحهم عليه السلام فبعث الشاة وذبح ثم تحلل وقضى العمرة من قابل قالوا وفيهم نزلت الآية فكل من احرم بعمرة او حج ثم منع من الوصول الى البيت فهو محصر ويستوي في ذلك جميع ما ذكر من الموانع لان التحلل قبل اوانه انما شرع دفعاً للحرج الناشئ من بقائه محرماً وهذا المعنى يعم جميع ما ذكر من الموانع وكذلك ما في معناه كضلال الراحلة ومنع الزوج والسيد اذا وقع الاحرام بغير اذنهما ومن قال ان الاحصار يختص بالعدو فهو مردود بالكتاب قال الكسائي وابو عبيدة ما كان من مرض او ذهاب نفقة يقال فيه احصر فهو محصر وما كان من حبس عدو او سجن يقال فيه حصر فهو محصور ونقل بعضهم اجماع ائمة اللغة على هذا والنبي عليه السلام حصر بعدو فعلمنا ان المراد ما يمنع من المضي والوصول الى البيت كذا في الاختيار

وقال الشافعي لا يكون الاحصار الا بالعدو ودليلها مع جوابه مذكور في الهداية
وشروحه وقوله في الحرم اشارة الى انه لا يجوز خارج الحرم لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم
حتى يبلغ الهدي محله ومحله الحرم لان الهدي ما عرف قربة الا بمكان مخصوص او زمان
مخصوص والزمان قد انتفى فتعين المكان وقوله في وقت معين يعني به مواعدة
من يبعثها الى الحرم بيوم بعينه يذبح فيه ثم يتحلل المحرم قال صاحب الهداية واذا
جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه
ثم يتحلل ثم انهم قالوا ليس المراد بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له
ان يبعث بقيمتها حتى يشتري بها شاة فتذبح في الحرم • ويتحلل المحرم بعد ذبحها
من غير حلق ولا تقصير عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف فانه يقول
عليه ذلك لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه رضي
الله عنهم بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا
قبلها • وفعل النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه ليعرف المشركون استحكام عزيمتهم
على الانصراف فيامنوا جانبهم ولا يشتغلوا بكيدة اخرى بعد الصلح •
قال صاحب الهداية في نقل قول ابي يوسف قال ابو يوسف عليه ذلك
ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه الصلاة والسلام حلق عام الحديبية وكان
محصرا بها وامر اصحابه رضي الله عنهم بذلك قال صاحب العناية هذا الذي
ذكره من الدليل يدل على قوله عليه ذلك لان مجرد فعل النبي صلى الله عليه وسلم
في الذي لا يعقل قربة دليل الوجوب فكيف اذا امر غيره بذلك وح لا يكون
دليلا على قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه فاين دليله اجيب بان هذه المسئلة
عن ابي يوسف فيها روايتان في رواية يجوز وفي اخرى يجب والمصنف اورد
دليل رواية الوجوب ولم يورد دليل الرواية الاخرى لان دليل ابي ح ومحمد
يصلح دليلا لها قال الفاضل سعدي افندي اقول فيكون في عبارة صاحب الهداية
التباس واغلاق حيث يفهم منه ان الثاني من تتمة الاول وهو غلط ويمكن ان
يقال معنى قوله وعليه ذلك اي يستحب وقد استعمل في هذا المعنى في فصل المحرمات
من النكاح وقوله ولو لم يفعل لا شيء عليه قرينة لذلك انتهى يقول الفقير فيكون
فعل النبي عليه السلام وامره لاصحابه لكونه مستحبا ويرتفع الالتباس والاغلاق
من كلامه وان كان المحصر قارنا يبعث دمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين
ويجوز ذبحها قبل يوم النحر عند ابي ح بل يلزم ذبحها في الحرم وعندهما لا يجوز ذبحها
قبل يوم النحر ان كان محصرا بالحج اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبر
انه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي ح انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل
فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم
نسك وما هو دم نسك يختص بزمان ويجوز للمحصر بالعمرة الذبح متى شاء بالاتفاق
لانه لا يتوقت العمرة فلا يتوقت التحليل منها ايضا فضلا عن تحليل المحصر وعلى المحصر بالحج
اذا تحلل قضاء حج وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم قالا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل
والحديث عام في الذي فاته الحج بفوات وقت الوقوف وبفواته بالاحصار لان كلا منهما قد فاته عرفة
ولان الحج يجب قضاؤه لصحة الشروع فيها والعمرة تجب لانه في معنى فائت الحج
يتحلل بالعمرة للحديث المذكور وعلى المعتمر المحصر قضاء عمرة فالاحصار عنها يتحقق عندنا
وقال مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه احصروا
بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة
واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن المحصر حجة وعمرتان اما الحج
واحديهما فلما بينا من كونه فائت الحج واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع •

فازال

فازال الاحصار بعد بعث الدم وامكنه ادراكهما اي ادراك الهدي قبل ذبحه وامكنه
ادراك الحج لا يجوز له التحلل ولزمه المضي لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف وان امكنه
ادراكه اي ادراك الهدي فقط بان كانت المواعدة بذبحه بيوم النحر تحلل لعجزه عن الاصل
وهو الحج وان امكنه ادراك الحج فقط دون الهدي جاز التحلل استحسانا وفي القياس لا
يتحلل وهو قول زفر لانه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي
ووجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يده الهدي يذبحه
ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه
فكذا اذا خاف على ماله • واذا جاز له التحلل على وجه الاستحسان كان له الخيار ان شاء
توجه الى اداء النسك الذي التزمه بالاحرام لزوال العجز وهو افضل لانه اقرب الى الوفا
بما وعد وقال صاحب الهداية وهذا التقسيم الرابع وهو ادراك الحج دون الهدي
لا يستقيم على قولهما في المحصر لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك
الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي ح واما في المحصر بالعمرة فيستقيم
بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر عندهم جميعا انتهى قال المولى الفاضل سعدي
افندي اقول لكن لا يستقيم الاول والثالث في المحصر بالعمرة لانه اذا زال
الاحصار عن العمرة عن وقتها كيف لا يدركها ومن منع بمكة عن الركنين
الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل
وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما اذا قدر على الطواف فلم يقدر على الوقوف فلانه
يصبر حتى اذا فاته الحج يتحلل بالطواف والسعي وهو الاصل في التحلل والدم بدل عنه
فلما كان قادرا على الاصل لا يصير الى الخلف واما اذا قدر على الوقوف ولم يقدر على الطواف
فلوقوع الامن عن الفوات لانه يكون حاجا ويبقى محرما حتى يطوف وعن ابي ح انه
ليس لاهل مكة احصار وروي عن ابي يوسف انه قال سالت ابا ح عن المحرم يحصر في الحرم
فقال لا يكون محصرا فقلت اليس النبي صلى الله عليه وسلم احصر بالحديبية وهي
من الحرم فقال ان مكة يومئذ دار حرب واما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار
بها قال ابو يوسف واما انا فاقول اذا غلب العدو على مكة والعياذ بالله تعالى
حتى حالوا بينه وبين البيت فهو محصر قال صاحب الهداية في البداية ما اعلمك
من التفصيل وهو ان المحرم عن الوقوف والطواف يكون محصرا باتفاق اصحابنا
واذا قدر على احدهما لا يكون محصرا ومن فاته الحج بفوات الوقوف بعرفة فليتحلل
بافعال العمرة وعليه الحج من قابل لما روينا انفا من قوله صلى الله عليه وسلم
من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل ولا دم عليه
لان التحلل بافعال العمرة فكانت العمرة في حق فائت الحج بمنزلة الدم
في حق المحصر فلا يجمع بينهما ولا فوت للعمرة وهي احرام وطواف وسعي وقد
ذكر في باب التمتع وتجوز في كل السنة فتجوز في اشهر الحج وقد اختلف السلف
في ذلك فكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها في اشهر الحج ويقول ليكن الحج في الاشهر
والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم والصحيح جوازها بلا كراهة
بدليل ما روى البخاري في صحيحه باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اعتمر في ذي القعدة
اربع عمر غير الذي اعتمر مع حجته وتكره العمرة يوم عرفة ويوم النحر
وايام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في
هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف
انها لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله
والاظهر من المذهب كراهتها في يوم عرفة قبل الزوال وبعده ويقطع
التلبية فيها اي في العمرة باول الطواف لما ذكر في باب التمتع •

باب الحج عن الغير

لما كان الاصل في التصرفات ان يقع عمن يصدر عنه كان الحج عن الغير خليقا بان يؤخر فيذكر على حدة واعلم ان من صلى او صام او تصدق فجعل ثواب ذلك لغيره جاز عند اهل السنة والجماعة وقال بعض العلماء لا يجوز لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وهذا ليس من سعيه ولان الثواب هو الجنة وليس لاحد تمليكها لغيره لانه ليس بمالك لها قلنا لما جعل سعيه للغير صار سعيه كسعي الغير وله ولاية ان يصرف ساعيا لغيره وان يجعل استحقاقه للجنة لغيره روى علي كرم الله وجهه عن النبي عليه السلام انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل تضحية احدى الشاتين لامته وعن هذا قال المص رح تجوز النيابة في العبادات المالية مطلقا يعني في حالة القدرة والعجز لحصول المقصود وهو ايصال النفع الى الفقراء بفعل النائب ولا تجوز في البدنية بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل بفعل النائب وفي المركب هكذا في النسخ التي رأيناها لكن الظاهر وفي المركبة الا ان يصار الحكم منهما اي من المال والبدن كالحج يجوز عند العجز لحصول المشقة بتنقيص المال لا عند القدرة لعدم اتعاب النفس ولان الحج مشتمل على معنيين اتعاب النفس وتنقيص المال فاذا قدر وحج يوجد تنقيص المال ولا يوجد اتعاب النفس وعند العجز يكتفى بتنقيص المال ويشترط الموت او العجز الدائم الى الموت لان الحج فرض العمر يعني ان الحج لما كان فرض العمر وقدر على ادائه في اثناء عمره كان قادرا على ادائه في وقته فوجب عليه الحج وحصل فعل النائب فيما مضى كان لم يكن كالشيخ الفاني فانه اذا قدر على الصوم بعد اداء الفدية يجب عليه الصوم والعجز الدائم الى الموت كالزمانة والعمى وانما شرط العجز للحج الفرض لا للنفل فيجوز الانابة فيه حال القدرة لان باب النفل اوسع فمن عجز فاحج صح ويقع الحج عنه اي عن العاجز قال صاحب الهداية ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك يشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال للخثعمية حين قالت ان ابي شيخ كبير لا يستطيع ان يستمسك على الراحلة افيجزئه ان احج عنه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة ولكن يسقط اصل الحج عن الآمر لانه عبادة مركبة وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم وينوي النائب عنه فيقول لبيك بحجة عن فلان لان الاعمال بالنيات ولو لم ينو جاز لان الله تعالى مطلع على السرائر ويرد النائب ما فضل عن النفقة الى الوصي او الورثة او الآمر لانه لم يملكه وانما اعطاه ليقضي الحج فما فضل رده الى مالكه ولانه لم يستأجره على ذلك ليملك الاجرة لانه لا يصح الاجارة عليه ويجوز احجاج الصرورة وهو بالصاد المهملة الذي لم يحج كذا في الصحاح لان النبي عليه السلام جوز حج الخثعمية عن ابيها من غير ان يسألها هل حجت عن نفسها او لا ولو كان لازما لسألها تعليما وبيانا ويجوز احجاج المرأة والعبد لوجود افعال الحج منهما كغيرهما وغيرهم اي غير الصرورة والمرأة والعبد اولى قالوا الاولى ان يختار رجلا حرا عاقلا بالغا قد حج عالما بطريق الحج وافعاله ليقع حجه على اكمل الوجوه ومن امره رجلان فاحرم بحجة عنهما ضمن نفقتهما والحجة له اي للحاج لانه خالفهما وانما لا يضمن النفقة اذا وافق امر الآمر لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج

الحاج

الحاج عن حجة الاسلام وههنا قد خالف لان كل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك وهو اهل بحجة عنهما فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعل عن احدهما بعد ذلك فيقع عن الحاج ويضمن النفقة لهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين فعين احدهما قبل المضي صح عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه لهما وهو جواب الاستحسان ان الاحرام مشروع وسيلة الى الافعال لا مقصود بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به من حيث انه شرط لان الشروط تراعى وجودها كيف ما كان بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام وبعده اي بعد المضي لا يصح اتفاقا لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا ودم المتعة والقران على المأمور لانه وجب شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه قال صاحب الهداية وهذه المسألة تشهد بصحة المروي عن محمد ان الحج يقع عن المأمور قال ابن الهمام قد يقال لا يلزم هذه الشهادة اذ لا شك ان الافعال انما وجدت من المأمور حقيقة غير انها تقع عن الآمر شرعا وقد وجب هذا الدم شكرا بسبب عن الوجود الحقيقي انتهى وكذا دم الجناية على المأمور لانه هو الجاني ودم الاحصار على الآمر عندهما لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه خلافا لابي يوسف لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع الى الحاج فيكون عليه وان كان المحجوج عنه ميتا فاحصر المأمور ففي ماله اي فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكاة وغيرها وقيل هو من جميع المال لانه وجب حقا للمأمور بادخاله الامر في هذه العهدة فصار دينا مطالبا من جهة العباد وان جامع المأمور قبل الوقوف ضمن النفقة لان الصحيح هو المأمور به دون الفاسد فاذا افسد لم يقع مأمورا به وكان واقعا عن المأمور فيضمن مال نفقته على حجه من ماله ثم اذا قضى الحج في السنة الثانية على وجه الصحة لا يسقط به حج الميت لانه لما خالف في السنة الماضية بالافساد صار الاحرام واقعا عن المأمور والحج الذي يأتي به في السنة القابلة قضاء ذلك الحج فكان واقعا عن المأمور ايضا وان مات المأمور في الطريق يحج من منزل آمره عند ابي حنيفة وهو القياس لان القدر الموجود من السفر قد بطل في احكام الدنيا قال عليه الصلاة والسلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج من ثلث ما بقي من ماله اي من مال المحجوج عنه ان كان ميتا عند ابي حنيفة ايضا لان قسمة المال او الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي كما هو كذلك اذا هلك قبل الافراز والعزل وعندهما من حيث مات المأمور وهو جواب الاستحسان لان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المأمور بالحج لكن عند ابي يوسف يحج بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية لان الوصية محل نفاذها الثلث وعند محمد يحج بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي وتعيين الوصي كتعيينه

ويرد ما فضل من النفقة في تلك المسئلة الى الورثة او الوصي وصورة هذا
على الاختلاف المذكور على تقدير الوصية رجل له اربعة الاف درهم مثلا اوصى ان
يحج عنه فمات وكان مقدار مؤنة الحج الف درهم فدفعها الوصي الى من يحج عنه فسرق
في الطريق مثلا قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم وان سرق
ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى وهكذا قال ابو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث
جميع المال وهو الف وثلث مائة ثلاث وثلاثون وثلث درهم وان سرق ثانيا لا يؤخذ
مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت جميع الالف التي دفعها اولا بطلت الوصية وان
بقي منها شيء يحج به لا غير وكذا مات المامور في الطريق وهي مسئلة المتن فتدبر
ومن اهل بحجة عن ابويه ثم عين احدهما جاز لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما
خلاف مسئلة امر الرجلين فيما سبق لانه ثمه يفعل بحكم الامر وقد خالف امرهما على ما
ذكرناه فيه وللانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره في جميع العبادات هنا وقع
في معرض العلة لما قبله وقد بيناه في اول الباب مع الخلاف الواقع فيه والله اعلم بالصواب

باب الهدي

الهدي
لما كثر دور لفظ الهدي فيما تقدم من المسائل نسكا وجزاء وصونه احتاج الى بيانه
وما يتعلق به من مسائل ولما لم يخل وجه عن احكامه الاشياء اخر ذكره عن ذكر هذه الاشياء
هو من ابل او بقر او غنم لان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف
الثلاثة سواء في هذا المعنى واقله شاة لانه عليه السلام جعل الشاة ادناه ومن بعض
كون الابل او البقر هديا لانه لما جعل الشاة ادناه لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر او الجزور
كذا في الهداية ولا يجب تعريفه اي تعريف الهدي قال صاحب النهاية التعريف له
معان ثلاثة التشبه باهل عرفة في غيرها من المواضع والذهاب بالهدايا الى عرفة والاعلام
بعلامة مثل التقليد والاشعار وكل هذا ليس بواجب ثم ههنا يحتمل ان يراد به الثاني
بدلالة قول صاحب الهداية فعسى لا يجد من يمسك الهدي فيحتاج الى ان يعرف
اي يذهب به الى عرفات ويحتمل ان يراد به الاخير بدلالة قوله لانه نسك فيكون مبنيه
على التشهير انتهى ما في النهاية ويجزئ فيه ما يجزئ في الاضحية لانه قربة تعلقت باراقة
الدم كالاضحية فيتخصص لان منزلهما واحد فيجوز هنا ما يجوز ثمة ولا يجوز هنا ما لا يجوز ثمة
لان كلا منهما قربة اراقة الدم ويجزئ الشاة في كل موضع الا اذا طاف للزيارة جنبا او جامع
بعد وقوفه بعرفة قبل الحلق فلا يجزئ فيهما الا البدنة وجهه ما ذكر في باب الجنايات
وقيد بقوله قبل الحلق لانه اذا جامع بعد الحلق يجزئ الشاة كما تقدم ويأكل
من هدي التطوع والمتعة والقران لانها دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي
ناجية الاسلمي رضي الله عنه فقال له لا تأكل انت ورفقتك منها شيئا قال صاحب
العناية ونهى الرفقة لانهم كانوا اغنياء وخص ذبح هدي المتعة والقران بايام النحر
لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم قال صاحب العناية
وجه الاستدلال به ان الله تعالى عطف قضاء التفث على الاكل من بهيمة الانعام التي تذبح وهي
وقضاء التفث مختص بيوم النحر فيكون النحر كذلك واعترض بانه ثم للتراخي فيهما يكون
الذبح قبل يوم النحر وقضاء التفث فيه واجيب بان موجب ثم في التراخي يتحقق با
لتاخير ساعة فلو جاز الذبح قبل يوم النحر جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك
قال المولى الفاضل سعدي افندي غايته ان يثبت الاحتمال وقد تم بالادلة
انه لا يكون الا يوم النحر فتعين لذلك ثم ان المراد من قوله وخص بايام النحر
انه لا يجوز قبله لانه لو ذبح بعده اجزأه الا انه ترك الواجب انتهى

دون غيرها

دون غيرها فانه يجوز ذبحه في اي وقت شاء الا على اختلاف في دم التطوع قال القدوري
ولا يجوز ذبح هدي التطوع الا في يوم النحر وقال صاحب الهداية وفي الاصل يجوز ذبح
دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوع
باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها
في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر
وخص الكل بالحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار الحرم اصلا
في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال النبي صلى الله
عليه وسلم منى كلها منحر وفجاج مكة منحر كلها والفجاج جمع فج وهو الطريق الواسع
بين الجبلين والحاصل ان الدماء على اربعة اوجه منها ما يختص بالزمان والمكان كدم
المتعة والقران ودم الاحصار عندهما ومنها ما يختص بالزمان دون المكان كدم الاضحية
ومنها ما لا يختص بالزمان والمكان كالدم المنذور عندهما وعند ابي يوسف يتعين
بالمكان ويجوز ان يتصدق به اي بالهدي على فقير الحرم وغيره يعني بعدما ذبحها في الحرم
لان الصدقة قربة مقصودة وهي على كل فقير قربة خلافا للشافعي ويتصدق بجلاله
وخطامه وهو الزمام وهو ما يجعل في انف البعير لانه صلى الله عليه وسلم امر عليا
بتصدقهما ولا يعطى اجر الجزار منه اي من الهدي لانه عليه الصلاة والسلام نهى عليا رضي
عن ذلك ولا يركبه اي الهدي الا عند الضرورة وقال الشافعي يجوز ركوبها
اضطر اولم يضطر لما روي انه عليه السلام راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويحك
ولنا انه جعله خالصا لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينه او منافعه الى نفسه
الا اذا اضطر وتاويل ما رواه انه كان عاجزا محتاجا بدليل ما روى صاحب السنن
باسناده الى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها حتى تجد ظهرا فعلم ان ركوبها لا يجوز من غير
ضرورة لانه قال اذا الجئت مع ان كلمة ويحك دليل واضح على انه كان عاجزا لانها
تستعمل في موضع الترحم كذا في غاية البيان فان نقص بركوبه ضمنه ولا يحلبه فان
حلبه تصدق به اي باللبن لانه يتولد من الهدي فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح
ضرعه بالماء البارد لينقطع لبنه قال صاحب الهداية لكن هذا اذا كان قريبا
من وقت الذبح وان كان بعيدا منه يحلبه ويتصدق بلبنه كيلا يضر به فان
صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه وان عطب
من ساق اي هلك الهدي الواجب او تعيب فاحشا وهو ما يكون مانعا في الاضحية
اقام غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته بعد وبالمعيب بمثله لا يتادى الواجب فلا بد
من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه وان عطب هدي التطوع
في الطريق اي قرب الى العطب وانما فسرناه به لقوله نحره وصبغ نعله اي قلادته
بدمه وضرب به اي بنعله صفحته اي صفحة سنامه ولا يأكل منه هو ولا غني
بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي وفائدة الصبغ والضرب
ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء ولان الاذن
بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا
الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يترك جزرا اي الجزر بفتحتين اللحم الذي
يأكله السباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود قال المولى الفاضل سعدي
افندي وفيه بحث لان مفهوم الشرط لا يعتبر عندنا وليس عليه غيره لانه
تطوع ويقلد بدنة التطوع والمتعة والقران لانها دم نسك وفي التقليد اظهاره
وتشهيره فيليق بها ومعنى التقليد تقدم لا يقلد غيرها
لان سببها الجناية والستر اليق بها

مسائل منثورة

اي هذه مسائل منثورة

دأب المصنفين ان يذكروا في اواخر الكتب ما شذ وندر من المسائل في الابواب السالفة تكثيرا للفائدة ويترجمونه بمسائل منثورة او مسائل متفرقة او مسائل شتى او مسائل لم تدخل في الابواب شهدوا ان هذا اليوم الذي وقفت يوم النحر بطلت هذه الشهادة استحسانا لان هذه الشهادة قامت على النفي فعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم لان الحج ليس من باب المنازعات فصار كانهم شهدوا انه لم يحج فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين ولو شهدوا انه اليوم الثاني وقفوا يوم التروية صحت تلك الشهادة لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير كالقضاء في الصلاة والصوم ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس انصرفوا اذ ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال بان يشهد الشهود في الطريق قبل ان يلحقوا بعرفات عشية عرفة بان يقولوا انا كنا راينا الهلال ذي الحجة وهذا اليوم هو اليوم التاسع فان كان الامام لا يمكنه الوقوف في بقية من الليل مع اكثر الناس لا يستمع هذه الشهادة ويقفون من الغد بعد الزوال لانهم شهدوا وقد تعذر الوقوف فصاروا كانهم شهدوا بعد الوقت فلا تسمع وان كان يمكنه الوقوف مع اكثر الناس ولكن لا يلحق الضعفة فان وقف جاز والا فاته الحج لانه ترك الوقوف مع العلم والقدرة عليه لان المعتبر فيه الاكثر ومن ترك الجمرة الاولى في اليوم الثاني ورمى الوسطى والثالثة فان شاء رماها فقط لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب والاولى ان يرمي الكل على الترتيب لمراعاة الترتيب المسنون ومن نذر ان يحج ماشيا يمشي من بيته حتى يطوف للزيارة وهو رواية الجامع الصغير وهو الصحيح وخير في الاصل يعني في المبسوط بين الركوب والمشي لان الحج ماشيا يكون وراكبا افضل وانما لزم المشي على رواية الجامع الصغير يمشي الى ان يطوف للزيارة فينتهي افعال الحج بطواف الزيارة فيركب بعده ان شاء ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وعليه الامام فخر الاسلام والامام العتابي وقيل من بيته وعليه شمس الائمة السرخسي ومال اليه صاحب الهداية حيث قال لان الظاهر هو المراد فان ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه يدل على ذلك ما روي عن عقبة بن عامر الجهني رضه انه جاء الى رسول الله عليه السلام وقال ان اختي نذرت ان تحج ماشية حافية فقال عليه السلام ان الله لغني عن تعذيب اختك فلتركب ولتهد بشاة وفي بعض الروايات ولترق دما قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واما اذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب قال صاحب العناية فعلم هنا بيان التوفيق بين رواية الاصل وبين رواية الجامع الصغير انتهى حلال اشترى امة محرمة بالاذن اي باذن مولاها له اي للمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع في ظاهر الرواية ان يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها والاولى تحليلها بقص شعر او ظفر قبل الجماع ثم جماعها تعظيما لامر الحج والله تعالى اعلم

كتاب النكاح

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهر في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع اما دواعي الشرع من الكتاب فقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والسنة قوله عليه السلام النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني والاجماع ظ واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه وما ذلك غالبا الا ببقاء النسل وطريقه النكاح غالبا واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما اعد من المباضعات الشهوانية والمناكحات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت بامر الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليها بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطي ثم قيل للتزويج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما ولهذا قال الجوهري النكاح الوطي وقد يكون العقد وقال صاحب ديوان الادب نكح المرأة تزوجها ونكحها اذا جامع وفي الاصطلاح هو عقد يرد على ملك المتعة قصدا احترازا عن البيع لانه عقد يرد على ملك المتعة ايضا الا انه يرد عليه تبعا لا قصدا يجب عند التوقان اي هيجان الشهوة ولم يقلب الواو الفا مع تحركها وانفتاح ما قبلها لما في معناه من الاضطراب كالحيوان وانما يجب في حالة التوقان لانه يخاف عليه او يغلب على الظن وقوعه في الزنا والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجبا لان الامتناع من الحرام واجب فما يمنع عنه واجب ويكره عند خوف الجور من سوء خلقه لان النكاح انما شرع لما فيه من تحصين النفس ومنعها عن الزنا على سبيل الاجمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذي يعبد الله تعالى ويوحده والذي يخاف الجور في الميل لعله يباشر الجور فيرتكب المنهيات والمحرمات فينعدم في حقه المصالح لرجحان هذه المفاسد عليها ويحتمل ان يراد بها ما في جبلته من سوء الخلق عند وصوله الى هذه النعمة الجليلة ويتزوج بامتزاجها مع ان النصوص لا تفصل فقلنا بالكراهة في حقه عملا بالشبهين بالقدر الممكن ويسن مؤكدا حال الاعتدال لما تقدم من النصوص بعضها امر وبعضها ترغيب محض وبعضها ناطق بكونه سنة ولانه عليه السلام واظب عليه مدة عمره وانما اتى بالتأكيد فكان سنة مؤكدة حال الاعتدال وينعقد بايجاب وقبول كلاهما بلفظ الماضي كقوله زوجت وقول الآخر تزوجت او قبلت لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وانما اختير لفظ الماضي لان واضع اللغة ما وضع للانشاء لفظا وانما عرف الانشاء بالشرع واختيار لفظ الماضي لدلالته على التحقق والثبوت فيكون ادل على قضاء الحاجة كذا فهم من البناية او احدهما بلفظ الماضي كزوجني فقال زوجت قال صاحب الدرر والغرر وينعقد بايجاب وقبول وضعا للمضي كزوجت فتزوجت وينعقد ايضا بما اي بلفظين وضع احدهما للمضي والآخر للاستقبال يعني الامر فانه موضوع للاستقبال كزوجني وزوجت وانما عطف قوله بما وضعا على ايجاب وقبول اشارة الى ان ما وضع للاستقبال ليس لا ايجاب ولا القبول فان صاحب الهداية قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي ثم قال وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل واراد لفظ ينعقد بلفظين تنبيها على ان اللفظين اللذين احدهما ماض والآخر مستقبل ليسا بايجاب وقبول بل قوله زوجني توكيل وقوله زوجت ايجاب وقبول حكما فان الواحد يتولى طرفي النكاح بخلاف البيع

وصاحب الوقاية والكنز كانهما زعما ان قول صاحب الهداية ثانيا ينعقد بلفظين عبر بهما
بناء على زعم ان ما وضع للماضي وللمستقبل ايجاب وقبول فقصد الاختصار فقال
الاول ينعقد بايجاب وقبول لفظهما ماض كزوجت فتزوجت او ماض ومستقبل كزوجني
فقال زوجت وقال الثاني ينعقد بايجاب وقبول بلفظين وضعا للمضي او احدهما
وقال الشارح الزيلعي ينعقد النكاح بالايجاب والقبول بلفظين وضعا للمضي او وضع احدهما للمضي
والاخر للاستقبال فجعلوا ما وضع للمستقبل من الايجاب والقبول وهو مخالف للكتب
والعجب ان الزيلعي قال بعد ذلك وهذا المعنى موجود ايضا فيما اذا كان احدهما ماضيا
والاخر مستقبلا مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان قوله زوجني توكيل وانابة
وقوله زوجتك امتثال لامرها فينعقد به النكاح فان المصنف يجعل زوجني لشرط العقد
ويوافقه الشارح فيه ثم يجعله توكيلا وانابة واعجب من ذلك ان صاحب الهداية
بعد ما نبه على هذه الدقيقة كيف لم ينتبه لها هؤلاء الا فالحمد لله ملهم الصواب
واليه المرجع والمآب انتهى ما قاله صاحب الدرر يقول الفقير كلام صاحب الدرر في محله
وتنبيه صاحب الهداية باعادة لفظ وينعقد بلفظين ثانيا مسلم لكن لا نسلم ان قول صاحب الوقاية
او ماض ومستقبل معطوف على قوله ماض حتى يكون التقدير بايجاب وقبول لفظهما ماض
او لفظهما ماض ومستقبل بل هو معطوف على قوله بايجاب وقبول فيكون التقدير
وينعقد بايجاب وقبول لفظهما ماض وينعقد بماض ومستقبل ولا يلزم منه
ان يكون المستقبل ايجابا وقبولا غاية ما في الباب ان يكون المستقبل توكيلا
وقوله زوجت ايجابا وقبولا على موافقة ما في الكتب اما عبارة صاحب الكنز
فلا تقبل الاصلاح لكن قال صاحب التسهيل اعلم ان ما ذكر في الهداية ونحوه للتمثيل
من قوله زوجني ليس بعقد في الحقيقة بشطر العقد بل هو توكيل وانما جعلوه بمنزلة احد
الشطرين لانه واسطة لكون الاخر شطري العقد فتمما بالواحد فان الواحد يتولى طرفي النكاح
يقول الفقير فعلى ما ذكره صاحب التسهيل يمكن حمل عبارة صاحب الكنز على الصلاح كانه
جعل المستقبل بمنزلة احد الشطرين لكونه واسطة فقال ما قال ويؤيده موافقة الزيلعي له
في جعله شطر العقد ثم جعله توكيلا وانابة والحمل على الصلاح بالقدر الممكن اصلح من
الحمل على الخطأ والفساد والى ما ذكرناه اشارة في كلام الفاضل يعقوب باشا
فراجع اليه والعلم عند الحقيقة والله العليم المتعال جل عن الند والمثال
وان لم يعلما معناها قال في الفتاوى الظهيرية رجل تزوج امراة بالعربية او بلفظ
لا يعرف معناها وزوجت نفسها ان علما ان هذا لفظ ينعقد به النكاح ينبغي
ان ينعقد ايضا كما في الطلاق والعتاق لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر
لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه وقيل
لا ينعقد بلفظ لا يعلمان معناه وهو مختار صاحب الخزانة وشيخ الاسلام لكن
الرواية والدراية يقتضي خلاف ذلك لان الدار دار الاسلام فلا يكون الجهل في الاحكام
عذرا فيها كذا في حاشية اخي جلبي ولو قال دادي او بزيرفتي فقال داد او بزيرفت
بلا ميم صح يعني اذا قيل للمراة خويشتن بزني بفلان دادي فقال دادم قيل للرجل بزيرفتي
فقال بزيرفت بلا ميم صح النكاح لجريان العرف به والاحتياط ان يقول بالميم
قال صاحب الدرر وعن نجم الدين النسفي انه كان يقول ينبغي ان يقول الخاطب
خويشتن بزني دادي وتقول المراة خويشتن بزني دادم لان في انعقاد النكاح بدون
ذكر زن اختلاف المشايخ فلا بد من ذكره لتكون مسئلة متفقا عليها كبيع وشرا
يعني اذا قيل للبايع فروختي فقال فروختم ثم قيل للمشتري خريدي فقال خريدم يصح البيع
وان لم يقولا فروختم وخريدم لما ذكر من جريان العرف ولو قالا عند الشهود ما زن وشوييم
لا ينعقد وكذلك لو قال لامراة هذه امراتي وقالت المراة هذا زوجي عند الشهود لا يكون

نكاحا

قال الامام

قال الامام قاضيخان ينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان اقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد
لا يكون نكاحا وان اقرت المراة انه زوجها واقر الرجل انها امراته يكون ذلك نكاحا في
يتضمن اقرارهما بذلك انشاء النكاح بينهما بخلاف ما اذا اقرا بعقد لم يكن فانه كذب محض
وانما يصح بلفظ نكاح وتزويج وما وضع لتمليك العين في الحال كبيع وشراء
وهبة وصدقة وتمليك وقال الشافعي لا يصح الا بلفظ النكاح والتزويج لانه ان انعقد
بغيرهما مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل
الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك
يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج للتلفيق يقال لفقت
بين ثوبين ولفقت احدهما بالاخر اذا لائمت بينهما بالخياطة والنكاح الضم ولا ضم
ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا فلا مناسبة بينهما قلنا المناسبة بينهما موجودة
لان التمليك سبب لملك المتعة اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه وملك المتعة هو
الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وانما قيد والعين في محلها احترازا عن تمليك
الغلام والبهايم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة
لا باجارة لانها لا توجب ملك العين بل المنافع واباحة واعارة لانها لا توجبان الملك
ووصية لانها لا توجب الملك في الحال بل مضافا الى ما بعد الموت ولا ينعقد ايضا بلفظ
الاقالة والصلح والشركة وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الاخر اذ لولاه لم
يتحقق الرضاء من الطرفين فلا ينعقد به النكاح وقد علم انه لا ينعقد بالكتابة في الحال
فلا بد من سماع العبارة وشرط حضور حرين او حر وحرتين مكلفين اي بالغين عاقلين
انما شرطت الحرية والتكليف لان الشهادة من باب الولاية والعبد والصبي والمجنون
ليسوا من اهل الولاية مسلمين لان الكافر لا ولاية له على المسلم ان كانت الزوجة مسلمة
قيد لقوله مسلمين سامعين معا لفظهما اي لفظ العاقدين وقيل الشرط حضور الشاهدين
لا سماعهما والصحيح هو الاول فلا ينعقد بحضور الاصمين وهندي لم يفهما كلامهما
وينعقد بحضور السكارى اذا فهموا وان لم يذكروا بعد الصحو فلا يصح ان سمعا متفرقين
كما اذا نكحا بحضور واحد ثم غاب وحضر اخر فاعاد الحضور كذا في صدر الشريعة
وقال الفاضل يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه على هذا لا يوجد حضور الشاهدين معا
عند العقد مع قطع النظر عن السماع معا بل الاولى بيان تفرق السماع مع المعية في
الحضور كما لا يخفى وحمل كلامه على ارادة جعل قيد المعية راجعا الى ذاتيهما حال السماع
لا الى السماع بعيد لان الجعل المذكور مع كونه تكلفا في نفسه ليس بملايم لذكره سابقا
اشتراط حضور الشاهدين وتعميم الحضور السابق عن المعية وعنهما في غاية البعد
فالاولى للتمثيل ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ان رجلا تزوج امراة بحضور شاهدين
فسمع احدهما ولم يسمع الاخر فاعاد الزوج فسمع الاخر ولم يسمع الاول لا يجوز
حتى يسمعا جميعا وان روي عنه ايضا انه يجوز فيكون ما ذكرنا في الرواية الاولى
ولو سمع احدهما كلام الزوج والاخر كلام المراة ثم اعيد وانعكس السماع
قال صاحب الدرر لم يجز عند العامة واجاز ابو سهل ان اتحد المجلس وجاز كونهما
اي الشاهدين فاسقين عندنا خلافا للشافعي لان الشهادة من باب الكرامة و
الفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية على نفسه لان له ان يزوج نفسه عنده
ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل وغيره فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه
لا يحرم على غيره لانه من جنسها ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا فكذا شاهدا فان قيل يتمسك الشافعي
لقوله عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل فالجواب عنه قلت لم يصح قوله وشاهدي عدل
في كتب الحديث انما الصحيح لا نكاح الا بولي ولئن صح الحديث وصحت الزيادة ايضا فنقول
ذكر العدل منكرا في موضع الاثبات فيقتضي ادنى ما ينطلق عليه اسم العدل وذلك يحصل بالاسلام

او محدودين في قذف لان المحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا
انما الفائت عنه ثمرة الاداء ايض ولا يظهر شهادتهما الا بين عند دعوى القريب يعني اذا
نكحها بحضور ابني الزوج فان ادعى هو لم تقبل شهادة ابنيه له واما اذا ادعت المرأة تقبل
شهادتهما له وان نكحها عند ابني الزوجة ان ادعت لا تقبل شهادتهما لها وان ادعى الزوج تقبل
يقول الفقير كذا صوره صدر الشريعة بناء على كلام صاحب الوقاية والمص بدل لفظ الزوجين
بالعاقدين فيتناول الزوجين ووكيلهما ووليهما واضاف في ذلك فيمكن تصوير المسئلة بوجوه تدبر
وصح تزوج مسلم ذمية عند ذميين عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وهو قول زفر لهم
لان سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في النكاح شهادة وهنا ظ لانا لا نريد
من الشهادة على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهنا بالاتفاق فكانهما
لم يسمعا كلام الزوج وسماعهما كلامهما شرط على ما تقدم ولهما ان الشهادة في النكاح
شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها لوروده على محل ذي خطر لا اعتبار وجوب المهر
لانه مال ولا يجب الاشهاد على لزوم المال وكلما شرعت على اعتبار اثبات الملك عليها
شهادة كانت الشهادة في النكاح شهادة عليها واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح
شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها لا عليه وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة
ولا يظهر النكاح بشهادتهما الذميين ان ادعت الذمية النكاح على المسلم اذ
لا تقبل شهادة الكافر على المسلم وان ادعى المسلم عليها النكاح تقبل شهادة الذميين
له عليها ومن امر رجلا ان يزوج صغيرته فزوجها عند رجل صح ان كان الاب حاضرا
لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى شاهدا
والا اي وان لم يكن الاب حاضرا فلا يصح اذ المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب
مباشرا مع عدم حضوره في مجلس المباشرة وكذا لو زوج الاب بالغة عند
رجل ان حضرت البالغة صح فصارت كان البالغة عاقدة والاب مع ذلك الرجل شاهدا
والا اي وان لم تحضر البالغة فلا يصح قال صاحب النهاية جعل الوكيل سفيرا محضا والموكل
مباشرا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان للاب ان يكون شاهدا في باب النكاح
فلا حاجة الى نقل المباشرة من المامور الى الامر حكما وانما يحتاج اليه في هذه المسئلة
لان البالغة اذا كانت حاضرة جاز النكاح بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة
على نفسها وان كانت غائبة لم يجز لان الشيء انما يتعذر ان لو تصور تحقيقا قال صاحب
العناية واقول ارى انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف ووجه ذلك ان الاب
اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امره لان الوكيل سفير ومعبر فكان الاب
هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة ايض صار هو المزوج
من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما
اذا وكل رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان
جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد
تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل اخر فانه يجوز واجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى
ينتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى
بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون
النكاح بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه
لان العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكان جعله مباشرا
لما قدمنا ان الشيء انما يتعذر ان لو تصور تحقيقا انتهى يقول الفقير لما كان العبد بمنزلة الموكل من حيث
كون العقد له جاز انتقال مباشرة الوكيل اليه في المسئلة الاولى لان العاقد ايض فيبقى
الوكيل شاهدا والعبد مزوجا لنفسه ولا يلزم التحكم والترجيح بلا مرجح تدبر والى ما ذكرنا
اشارة في كلام الفاضل سعدي افندي وكلام الفاضل يعقوب باشا فراجع اليهما والله اعلم

باب المحرمات

تصحيح

او اعمين الباقي العاقدين
او ابني احدهما

باب المحرمات

لما كان من بنات آدم من اخرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج الى ذكرها
في باب على حدة واسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع
وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك والملك اليمين والطلاق
الثلاث وكل ذلك مذكور في المتن قال المولى سعدي افندي فيه ان الجمع حرام كما يدل عليه نظم القرآن
لا انه سبب للحرمة انتهى يقول الفقير اعتراضه وارد لكن ان قلنا ان الجمع سبب الحرمة الزمني
لا يكون فيه باس تحرم على الرجل امه وجدته وان علت سواء كانت الجدة من قبل الرجال
او النساء وبنته وبنت ولده وان سفلت واخته وبنتها وبنت اخيه وان سفلتا
وعمته وخالته من اي جهة كانت الاخت وبنت الاخ والعمة والخالة واما بنات العم
والعمة والخال والخالة فحلال لدخولها تحت عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
وام امرأته مطلقا اي سواء دخل بها او لا لان نكاح البنات يحرم الامهات وقوله مطلقا
تنبيه حرمتها مطلقا والا فاللفظ مطلقة وبنت امرأة دخل بها لان وطي الامهات يحرم البنات
دون نكاحها وامرأة ابيه وان علا وامرأة ابنه وان سفل والكل رضاعا اي يحرم جميع
كل ما ذكر من الاصول والفروع وغيرهما من جهة الرضاع وهذا يشتمل اقساما كبنت الاخت
مثلا تشتمل البنت الرضاعية للاخت النسبية والبنت النسبية للاخت
الرضاعية والبنت الرضاعية للاخت الرضاعية والجمع بين الاختين
الاصل فيها قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات
الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات
نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا
دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين
الاختين الى قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم الاية قال ارباب التفسير قوله واحل لكم
ما وراء ذلكم اي ما سوى المحرمات المذكورة وخص عنه بالسنة ما في معنى المذكورات
كسائر محرمات الرضاع والجمع بين المرأة وعمتها وخالتها وغيرهما وقد دخلت الجدات
في الامهات لانها امهات اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع وكذا دخلت بنات
الولد في البنات لان البنت هي الفرع او ثبتت حرمتهن بالاجماع وذكر الاصلاب في قوله
وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن
من الرضاع لانها حرام ايض لعموم قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وفي هذا
المحل اسئلة واجوبة مشحونة مطولات شروح الهداية بها الطلب منها نكاحا ولو في عدة
من بائن او رجعي لان نكاح الاولى قائم ببعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج وغيرهما
والجمع بينهما وطئا بملك يمين وحرمة الجمع بينهما لما في الاية التي تلوناها من التصريح به
ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه في رحم الاختين
ولانه يفضي الى التناكر والتباغض المؤديين الى قطيعة الرحم لما بين الضرائر من العدوان
والطغيان وقوله وطئا احتراز عن الجمع بملك يمين دون الوطي فانه جائز فلو تزوج
اخت امته التي وطئها لا يطأ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب من الاسباب
فلم يطأ المنكوحة لعدم الجمع وان لم يكن وطي المملوكة جاز له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئا
ولو تزوج اختين في عقدين ولم يعلم الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل
بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى تنفيذه في احديهما بغير عينها لعدم
الفائدة وهي حل قربان الزوج لانه لا يثبت مع الجهالة او للضرر يعني في حقهما لان كلا
منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق ولهما نصف المهر لان
النكاح الاخير باطل غير موجب للمهر والنكاح الاول صحيح موجب وقد فارقها الزوج قبل
الدخول فيجب نصف المهر ولا يعرف من هو لانعدام الاولوية بالجهل بالاولية فينتصف بينهما

وحرم الجمع بين امرأتين لو فرضت احديهما ذكرا يحرم عليه الاخرى لما مر من افضائه الى القطيعة الرحم
بخلاف الجمع بين امرأة وبنت زوجها لا امها فانه يجوز اذ لا قرابة بينهما ولا رضاع
على ان الشرط في المسئلة السابقة ان يصدق ذلك من كل جانب بخلاف هذه المسئلة
فانه يصدق فيها من جانب واحد لا من كل جانب لانه اذا فرضت بنت زوجها ذكرا تحرم
المرأة عليه لانها تكون موطوءة ابيه واما لو فرضت المرأة ذكرا يكون اجنبيا عنها
ومن هنا قال صاحب البناية في شرح قول صاحب الهداية ولا يجمع بين امرأتين لو كانت
احديهما رجلا الخ لو قال لو كانت كل واحدة رجلا كما هو لفظ بعض نسخ القدوري
لكان اولى لان الشرط ان يصدق من كل جانب لا من جانب واحد والا ينتقض هذا
الكلي بالمسئلة التي تليه وهي مسئلة الجمع بين امرأة وبنت ابنة زوج كان لها من قبل انتهى
يقول الفقير هذه الاولوية واردة على المصنف ايضا الا ان يقال قوله بخلاف الجمع الخ
بمنزلة مستثنى عن الكل فلا نقض فيه لانه لا يدفع الاولوية تدبر قال الفاضل يعقوب باشا
فعلى هذا ينبغي ان يكون مراد صاحب الهداية من قوله احديهما احديهما على الابهام
والاطلاق ولفظة احديهما كثيرا ما يقع موقع كل واحد منهما نص عليه في شرح المفتاح
في بحث الوحدة والكثرة انتهى يقول الفقير هذه الفائدة حسنة يجب حفظها لكن
لا تدفع الاولوية ايضا تدبر والزنا يوجب حرمة المصاهرة وقال الشافعي لا يوجب
لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا تنال بالمحظور لانتفاء
المناسبة الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد
حتى يضاف الولد الى كل واحد منهما كاملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه
وكذا على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة
والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا وبيانه ان الوطي ليس بسبب
للحرمة من حيث ذاته حتى يعتبر المناسبة بينه وبين الحكم المشروع ولا من حيث انه زنا
وانما هو سبب لها من حيث انه سبب الولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان
ولا معصية للسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك مثلا كما يقال ولد عصيانا وعدوانا
والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصلية لا صفة نفسه كالتراب في التيمم
قال صاحب البناية وربما يتمسك الشافعي في هذه المسئلة بقوله عليه الصلاة والسلام
الحرام لا يحرم الحلال قلت لا نسلم انه صحيح ولئن صح فهو متروك الظاهر لا يحتج به
وذلك لان الحرام يحرم الحلال كما اذا وقعت قطرة خمر في ماء قليل فيحمل على ما روي
عن عطاء في تأويله انه قال انما اراد به الرجل يزني ثم يتزوجها فقال لا يحرم الوطي
الزنا العقد الحلال ثم حرمة المصاهرة عبارة عن حرمات اربع حرمة الموطوءة على
آباء الواطي وان علوا وحرمتها على اولاده وان سفلوا وحرمة امهاتها على الواطي وان
علون وحرمة بناتها وان سفلن وكذا اللمس بشهوة من احد الجانبين يوجب
حرمة المصاهرة سواء مس امرأة او مست امرأة وقال الشافعي لا يوجب وعلى هذا
الخلاف نظره الى فرجها الداخل ونظرها الى ذكره بشهوة للشافعي ان المس والنظر
ليس في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا
ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا
لانا وجدنا صاحب الشرع من باعتنائه في حرمة الابضاع الازيد لانه اقام الشبهة
البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام كالتوارث
ومنع وضع الزكاة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام الدعو احتياطا
وفساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم
السبب فيه مقام الوطي قال صاحب العناية ونوقض بان ما ذكرتم ان كان صحيحا
قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطي في ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه

والجواب

والجواب ان النظر الى الفرج المحرم ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو
لا يحل الا في الملك والظاهر في ذلك انها لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فالنظر
بعد هذا في ان النظر الى الجمال في الملك وغيره خلاء وملاء هل يكون داعيا الى الوطي دون النظر
في المطلب اولا لا ارى قائلا بذلك لا يكتفى بالمس في الزيادات من نظر الى موضع الجماع من دبر
امرأة بشهوة لم يحرم عليه امها وبنتها بخلاف النظر الى قبلها وكذلك النظر الى موضع الجماع
من دبر الغلام بشهوة لا يوجب حرمة المصاهرة وكذلك الفعل بالغلام لا يوجب حرمة
المصاهرة لانها انما تثبت بصفة انه سبب للولد وحدوث هذا المعنى ابو حنيفة كذا في
قال صاحب الاختيار وحكى الطحاوي اجماع السلف في ان التقبيل والمس عن شهوة
يوجب حرمة المصاهرة ولو اخذ يدها يقبلها بشهوة ولم يفعل حرمت على ابنه ولو مسها
وعليه ثوب ان منع وصول حرارتها الى يده لا يثبت الحرمة ولو مس شعر امرأة بشهوة حرمت
عليه بنتها وامها لانه من اجزاء بدنها انتهى ثم ان حد المس والنظر بشهوة ان ينتشر الته
اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس او تزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل ذلك
هو الصحيح وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل
قلبه اليها ويشتهي جماعها وفي النساء لا يكون الا هذا قال صاحب النهاية هذا
اذا كان قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالاشتهاء
ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان
الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الالة وكان لا يفتي
بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه
بالملامسة وهو اقرب الى الفقه انتهى وما دون تسع سنين غير مشتهاة وبه يفتى
فان بنت تسع سنين قد تكون مشتهاة وقد لا تكون فانه يختلف بعظم الجثة وصغرها
واما قبل بلوغها تسع سنين فلا تكون مشتهاة والفتوى عليه ولو انزل مع المس لا تثبت
الحرمة وهو الصحيح وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام لانه بالانزال
تبين انه غير مفض الى الوطي والمحرم هو المس المفضي اليه قال صاحب العناية وفي
قوله المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان
حكما موقوفا الى ان تبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا يثبت لا ان يكون معناه
ان حرمة المصاهرة تثبت بالمس بشهوة ثم بالانزال يسقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة
المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط ابدا وقيل انه لو مس فانزل يثبت حرمة المصاهرة
وبه كان يفتي شمس الاسلام الاوزجندي ووجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة
فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خللا فيها وعلى هذا الخلاف
اتيان المرأة في الدبر والصحيح انه لا يوجبها لانه ليس بمفض الى الوطي الذي هو سبب
للولد ايضا وصح نكاح الكتابية لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم
وجه الاستدلال ان الله تعالى قال اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا
الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا
الكتاب فلا اعتبار في انه في الحل والصابية من صبا اذا خرج من الدين وهم
قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم
جنس من اهل الكتاب المؤمنة بنبي القرن بكتاب لا عابدة كوكب لا نكاح كمن مشركة وما وقع
بين الامام وصاحبيه من ان النكاح صحيح عنده لا عندهما فمحمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب
بما وقع عنده فوقع عنده انهم من اهل الكتاب يقرأون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم
يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها فقال يجوز مناكحتهم لانهم من اهل الكتاب
ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فقالا لا يجوز
مناكحتهم فاذن لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال ابو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما
ايضا وان كانوا كما قالا لا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا

مطلب عدم ثبوت المصاهرة بالزنا ولو بامرأة

وصح نكاح المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا
له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح الاول على بناء الفاعل والثاني على بناء المفعول
قال بعضهم الثاني يلزم ان يكون بالبناء المفعولية وقال المولى سعدي افندي يلزم
ان يكون بالبناء لان المحرم يتناول المحرمة ايضا لكونه في تاويل شخص محرم او الشخص الذي محرم
ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو محرم
وما رواه محمول على الوطي اي لا يطأ المحرم ولا تمكن المرأة ان يطأها فان قلت ما تقول
فيما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو حلال قلت هنا رجل وهو ليس
بحجة عنده فكيف يحتج به علينا فان قلت ما تقول فيما روى يزيد بن الاصم ان ميمونة قالت
تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن حلال بسرف قلت ابن عباس احفظ
واضبط من يزيد بن الاصم فيكون الترجيح لرواية ابن عباس رضي الله عنهما فان قلت
ما تقول فيما روي عن ابي رافع انه قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وهو حلال
وبنى بها وهو حلال وكنت انا الرسول بينهما قلت انه حديث شاذ لا نعلم
احدا اسنده غير حماد عن مطر الوراق عن ربيعة على انا نقول رواية ابي رافع
لا تعارض وجود رواية ابن عباس خلافها كذا في البيانية وصح نكاح الامة المسلمة
والكتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري
عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام في الرق وما ثبت بالضرورة يتقدر
بقدرها وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة فلا حاجة الى جواز الكتابية ولكونه ضروريا
عنده جعل طول الحرة مانعا من تزوج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة
ومن هنا قال المص ردا عليه ولو مع طول الحرة وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي
وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم وفي الامتناع
على نكاح الامة امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وللاباء ان لا يحصل الاصل الولد
بالكلية بالعزل برضاء المرأة وبتزوج العجوز العقيم فلأن يكون له ان لا يحصل الوصف اي
وصف الحرية بتزوج الامة اولى وصح نكاح الحرة على الامة لقوله صلى الله عليه وسلم وتنكح
الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات بالنص لخلوها عن المحرمات واحل ما سواها
وهذه غير داخلة في عداد المحرمات فتكون داخلة في عداد المحللات ضرورة وصح نكاح
اربع فقط للحر من حرائر واماء او منهما اذا قدم الامة على الحرة وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث وربع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة
قال صاحب العناية وفيه بحث لان مثنى وثلث وربع كل منها معدول وهو وصف
ولهذا منع من الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك
لا يدل على نفي الحكم عما عداه فيثبت الزيادة بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم سلمناه
ولكن لا نم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب
من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه عليه السلام
نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول انه بحسب الاصل من الاعداد وان استعمل
وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من نجس يخرج من بدن الآدمي
لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة التي خرجت منه وهو مختص على
هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لما ان الواو للجمع اجيب
بان هذا الوهم هو الذي اوقع الروافض لعنهم الله تعالى في التسوية بينهم وبين افضل
الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النبوة او ازدياد دم عليه فان منهم من ذهب
الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى معنى العدول وحرف
الجمع ولكن ليس الامر كما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد
قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ الغي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك

وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة
حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ولا بعده الى يومنا
هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة نكاحا انتهى وقال صاحب البيانية فما فائدة التكرار
المفهوم من الآية فلم لم يقل مثنى بعد ثلاثا واربعا قلت هو مثل قولهم اقتسموا هذا المال
وهو الف درهم درهمين درهمين وثلثة ثلثة واربعة اربعة فلو لم يكرر لم يفهم المعنى الاول فان قلت فما فائدة ذكر الواو ولم لم يذكر بكلمة او بان يقال مثنى او ثلاث
او رباع قلت لو ذكر بأو لكان الامر مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس الغرض ذلك بل الغرض
ان لهم تحصيل هذه الاعداد ان شاؤا ابطريق التثنية وان شاؤا ابطريق التثليث وان
شاؤا ابطريق التربيع فان قلت كيف لم يجز تزوج ما زاد على الاربع وقد قال تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم وعمومه يشتمل الاربع وما وراءها غاية ما في الباب ان قوله
مثنى وثلث وربع يدل على حل الاربع ولا يدل على حرمة ما وراءها لان تخصيص الشيء بالذكر
لا يدل على نفي ما عداه قلت انما حرم الزيادة لان النص بيان ما يحل من العدد اذ لو لم
يكن كذلك لا يقتصر على قوله فانكحوا ما طاب لكم من النساء حيث يفهم منه الاربع وما وراءها
الآية انهم كانوا يتزوجون من النساء ما شاؤا فنزلت الآية ليقتصروا على الاربع ولا يتجاوزها
انتهى وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلوناه
اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء وللعبد نصفها ثنتان تاكيدا ولا حاجة
اليه في نفس الامر وقال مالك يجوز ان يتزوج اربعا لانه كالحر لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده
حتى يملكه بغير اذن المولى كما ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد ثنتين
والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وصح نكاح حبلى من زنا عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
اعلم ان الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب ولا فان كان الاول فالنكاح باطل
في قولهم جميعا وان كان الثاني فقال ابو حنيفة ومحمد جاز النكاح ولكن لا يطأها حتى تضع حملها
وقال ابو يوسف النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل انما هو لحق الحمل الثابت النسب
كالحربية الحامل وهذا الحمل ايضا محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما
على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما
وراء ذلكم وكل ما كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت
هذا النص قلت لمكان قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله قالوا
والمراد انقضاء العدة ولا عدة للحبلى من الزنا فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطيها
بعد ورود العقد عليها قلنا وحرمة الوطي بعد النكاح كيلا يسقي ماءه زرع غيره
وحرمة الوطي لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة الحيض والنفاس
ومن هنا قال ولا توطأ حتى تضع حملها وصح نكاح موطوءة سيدها يعني يجوز نكاح امة
وطئها سيدها لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت النسب من غير
دعوة الا انه تستحب استبراؤها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها
قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها
لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطي حراما فاذا احتمل
يثبت التنزه كما في الشراء فان الوجه فيه احتمال الشغل لكون جواز الاقدام على النكاح
اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير
حبل والحكم بجواز النكاح في مثل امارة فراغ الرحم الا ان النكاح لم يشرع
الا على رحم فارغ عن شاغل محترم لكون الفراغ باطنا لا يوقف عليه فاقيم جواز النكاح مقام
الفراغ بقوله الفقير لا يخفى ما في عبارة المص من الخدشة ولو قال وموطوءة السيد
لكان اولى تدبر او زان اي وصح نكاح موطوءة زان وحل الوطي قبل الاستبراء
على الخلاف المذكور يقول الفقير لو قال وزان بالواو لكان اولى تدبر

ولو زوج امرأتين بعقد واحد واحديهما محرمة صح نكاح الاخرى وبطل نكاح المحرمة لان المبطل
في احديهما والمسمى كله لها عند الامام لان ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح كضم الجدار
الى المرأة ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمرأة فكذلك هنا فان قيل ان لم يكن
محلا للنكاح اصلا ولم يدخل تحت العقد وجب ان يحد ان دخل بها ولا يحد عنده
اجيب بان عدم الحد باعتبار صورة العقد وعندهما يقسم المسمى على مهر مثلهما
يعني اذا كان المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثلهما ويقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة
التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لانه قابل المسمى
بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما الى من قابل ولم تسلم
هنا الا احديهما فلا يلزم الا حصتها كما لو خطب امرأتين بالنكاح على الف
فاجابت احديهما دون الاخرى ولا يصح زوج امته او سيدته لان النكاح ما شرع
الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني كما يجب للزوج على الزوجة حقوق
يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها ودواعيه شرعا والمنع عن الخروج
والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة
والكسوة والسكنى والقسم والمنع من العزل والقيام بمصالحها فكان كل واحد
منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي
المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما واعترض بانهما من جهتين مختلفتين لان كونها
مالكة بجهة ملك اليمين وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة واجيب بمنع اختلاف الجهة
فان كون المرأة مالكة بجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما
هو بالنسبة الى العبد فلم يختلف الجهة ولقائل ان يقول المرأة بجميع اجزائها مالكة للعبد
بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه حتى ان يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع
بضعها لان النكاح عقد يرد على منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه
مملوكا للمولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزائها فاختلفت الجهة
وانتفى التنافي والجواب انا لا نسلم انها لا تملك منافع بضعه فانها تقدر على اتلافها
بالاخصاء والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا من هذه الحيثية ايضا فاتحدت
الجهة وتحقق التنافي كذلك من العناية قال المولى الفاضل سعدي افندي الحق ان
فيه بحث فانها لو كانت مالكة منافع بضعه لجاز لها ان تمكن نفسها من عبده حتى
يطأها والتعليل بما ذكره هو الجزء نفسه لا المنافع وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا
ولا يثبت استقلالا واصالة على ان ذلك ليس بصحيح ايضا فانه تقرر في الاصول ان الرقيق
ليس بمملوك في حكم الحياة والدم بل بمنزلة المبقى على الحرية ولهذا يصح منه الاقرار بالحدود
والقصاص والسرقة المستهلكة قال في التلويح لان الحياة والدم حق لاحتياجه
اليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى اتلافهما انتهى يقول الفقير قد خطر ببال الفقير
عند مطالعة قول صاحب الهداية في تعليل هذه المسئلة بقوله لان النكاح ما شرع الا
مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين اه انه يلزم من ان لا يثمر النكاح ثمرات مشتركة
بينهما اصلا لاستلزامه الجمع بين المتنافيين لانه يلزم من النكاح البتة كون الزوج
مالكا ومملوكا والزوجة ايضا مالكة ومملوكة وهل هذا الا جمع بين المتنافيين ثم راجعت الى تعليقات
المولى الفاضل سعدي افندي بعد مطالعتي فيها بعينها فلا تسأل عنه ما حصل لي من السرور
الحاصل بموافقة مطالعة مثل هذا الفاضل والحمد لله ملهم الصواب واليه المرجع والمآب
ثم قال المولى المزبور رحمه الغفور فالاولى ان يقال في تعليلهما فلو صح انكاح السيدة الى عبدها
لكان المملوك شخص المالك وبينهما منافاة فان قلت لم يتخلف في النكاح عن هذا قلنا
باختلاف الجهتين فانه ظاهر ولا يمكن ان يركب ذلك في العبد وسيدته لان العبد مقهور
محض لها بالرق فلا يمكن ان يكون قاهرها انتهى كلام الفاضل سعدي افندي رح

توارد الخواطر للسعدي

او مجوسية

او مجوسية او وثنية لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم
ونقل شمس الائمة السرخسي عن علي كرم الله وجهه جواز نكاح المجوسية فلهذا خصوا جواز نكاح
المجوسية بالذكر للاختلاف في جواز نكاحها والا فحكمهن في النكاح حكم الوثنيات وعدم جواز نكاح
الوثنية لكونها مشركة قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والوثنيات هن اللاتي يعبدن
الصنم والنص عام يدخل تحته جميع المشركات وفرق بعضهم بين الوثن والصنم فقال اذا كان معمولا من
خشب او ذهب او فضة فهو صنم واذا كان معمولا من حجارة فهو وثن ثم انه يقول العبد الفقير الظاهر
في هذه المسائل ان تذكر بالواو لا باو تدبر ولا يصح نكاح خامسة في عدة رابعة ابانها
وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت واذا كان الطلاق رجعيا لا يجوز بالاجماع
ولا يصح نكاح امة على حرة سواء كان حرا او عبدا لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة
وخالف الشافعي يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضاء الحرة وجه قول الشافعي
ان تزوج الامة لمعنى في الزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو
لا يوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت
فقد اسقطت حقها ولنا ما روينا آنفا ذكره محمد بن الحسن في مبسوطه وهو باطلاقه حجة
على الشافعي ومالك لان الرأي في مقابلة النص غير معتبر ومنها سؤال وجواب ذكرهما صاحب
العناية اطلبه منه او في عدتها عند ابي حنيفة لان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام
على ما سبق فيبقى المنع احتياطا خلافا لهما فيما اذا كانت عدة البائن لان هذا
ليس بنكاح عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بالتزوج عليها
في عدتها من طلاق بائن واما اذا كانت عدة الرجعي فلا يجوز اتفاقا قال صاحب العناية
ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق
بائن فانهما لا يجوزانه كابي حنيفة والفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها
في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هنا المنع فليس لاجل الجمع
فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال الامة على الحرة كاملة الحال
وهنا لا يوجد مع البينونة ولكن المالك يقول نكاح الاولى قائم ما دامت في العدة اولا فان كان
الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة ولا يصح نكاح حامل من سبي
صورتها ان تسبى الحربية حاملا فيريد السابي ان يزوجها لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب
من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب الصيانة وعن ابي حنيفة انه يجوز النكاح ولا يطأها
حتى تضع حملها كالحامل من الزنا رواها ابو يوسف عنه واعتمدها الطحاوي والمنع رواية
واعتمدها الكرخي وهو الاصح المعتمد عليه كذا ذكره الفاضل يعقوب باشا نقلا عن الزيلعي
يقول الفقير واعلم انه لا يخفى ما في عبارة المصنف من الخدشة لانه يوهم ما يوهم ولو قال ولا حامل حربية
لكان اولى كما غيرها الى ما قلنا صاحب الدرر وبين وجه التغيير بان المتبادر من تلك
العبارة حصول الحمل بعد السبي وهو غير متحتم بل يفسد او حامل ثبت نسب حملها
لحق صاحب الماء وحرمته ولو ثبت من سيدها يعني ان ادعى السيد حملها منه ثم زوجها
من غيره وهي حامل فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة
فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا ايضا
قلنا نعم الا ان الفراش غير متأكد حتى ينتفي بالنفي من غير لعان فكان فراشا ضعيفا فلا يعتبر
ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التأكد
فان قيل لو كان غير متأكد ينتفي الولد بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب
فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال للجارية لو ولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني
فانه ينتفي نسب الباقيين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله
يجوز النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها
صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة مفروضة فيما اذا كان الحمل منه

فان المصنف قال او حامل ثبت نسب حملها وكون سيدها اي ولو ثبت من سيدها بان ادعى حملها منه
ولهذا فسرناه به بما سبق الا ترى ان صاحب العناية قال في هذه المسئلة وهي ان تزوج
ام ولده وهي حامل منه آه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به فوجد الصريح ولا عمل للدلالة اذا وجد
الصريح تدبر ثم اعلم انه علم من هذا المقام ان الفراش ثلاثة انواع قوي ومتوسط وضعيف
فالاول فراش المنكوحة فيثبت نسب ولدها بلا اقرار ولا ينتفي الا باللعان والثاني فراش
ام الولد فيثبت نسب ولدها بلا اقرار وينتفي بمجرد النفي بلا لعان والثالث فراش
الامة ولا يثبت نسب ولدها بلا دعوة ولا يصح نكاح المتعة وهو ان يقول لامرأة
اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة لاتمتع بك اياما او متعيني
نفسك اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك جائز
وهو الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه
قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة
على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه ورضي عنه
ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله
ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول الله صلى الله عليه وسلم
المتعة عام الفتح ثلاثة ايام فجئت مع عم لي الى باب امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت
بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها دمية عيطاء طويلة فجعلت تنظر
الى شبابي والى بردته وقالت هلا بردة كبردة هذا او شبابا كشباب هذا
ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله ينادي
الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت الصحابة رضي الله عنهم
على ان المتعة قد انتسخت في حياة النبي صلى الله عليه وسلم فكانت الاحاديث ناسخة
والاجماع مظهرا لان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع غير صحيح على المذهب الصحيح
فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس رضي الله عنهما مخالفا قلنا نعم وابن عباس صح رجوعه
الى قولهم فتقرر الاجماع روى جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف
والمتعة قال الفاضل سعدي افندي اقول فان قيل هذا نقل النسخ فلا يضر مخالفة ابن عباس
قلنا نعم لكن مراد الفقهاء ان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على نقل النسخ ولا يتم ذلك
بمخالفة ابن عباس رضي الله عنهما انتهى قال صاحب العناية وقيل في نسبة جواز المتعة
الى مالك نظر لانه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي
عن ابيهما عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن
متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في المدونة لا يجوز النكاح
الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهل هي المتعة اقول يجوز ان يكون
لشمس الائمة الذي اخذ منه صاحب الهداية قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة
وليس كل من روى حديثا يكون قد اوجب العمل به لجواز ان يكون عنده ما يعارضه
ويترجح عليه انتهى ما في العناية ولا يصح نكاح الموقت مثل ان يتزوج امرأة بشهادة
شاهدين الى عشرة ايام مثلا والفرق بينهما على ما يفهم من عبارة الهداية شيئان احدهما
وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا آنفا في نكاح المتعة والثاني
شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج او النكاح وان يكون المدة
معينة فيه وقال زفر هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى
عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ
النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود
فيما نحن فيه لان مقاصد النكاح لا تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود للمعاني
دون الالفاظ الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل
كفالة ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت في ظاهر الرواية

انواع الفراش

وروى الحسن بن زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر
كان النكاح صحيحا لانه في معنى التأبيد وهو رواية عن الامام ووجه الظاهر ان التأقيت يعين
لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعا الا كذلك
ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة
القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد
شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينهما وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما
ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا
ولهذا لو مضى الشهر لا يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا واما صورة
النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي
المدة عقد كما في الاجارة قال صاحب الدرر هو اي النكاح الموقت ثم قال لم يقل والموقتة
لئلا يتوهم منه عطفه على المتعة فانه مع عدم معناه مخالف للهداية حيث قال والنكاح الموقت
انتهى يقول الفقير يمكن ان يكون الاضافة بيانية فعلى هذا يكون معناه النكاح الموقت انتهى
لان شرط الاضافة البيانية وهو امكان حمل المضاف اليه على المضاف موجود فيه
قال صاحب الرمز في شرح الكنز فان قلت ما هذه الاضافة قلت هي من قبيل
اضافة مثل كل الدراهم انتهى يقول الفقير يلزم من قوله ان يكون الاضافة بمعنى اللام
لان النحاة صرحوا بان اضافة العام الى الخاص بمعنى اللام ولا يستقيم ان يقال نكاح
للموقت او نكاح مخصوص بالوقت كما لا يخفى والحق ان هذه الاضافة من قبيل اضافة خاتم
فضة لان النكاح عام من الوقت وكذا الموقت عام من النكاح فيكون بينهما عموم وخصوص من وجه
ويمكن ان يقال ان قوله والموقت معطوف على لفظ نكاح في قوله ولا نكاح المتعة فيكون معناه
ولا يصح الموقت على حذف الموصوف اي النكاح الموقت لكن الاول اولى واسلم تدبر

باب الاولياء والاكفاء

شرح اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كانا شرطي النكاح لان في محل النكاح
جائز بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم قال صاحب الولاية
البيانية اعلم ان الولي من كان اهلا للميراث وهو عاقل بالغ حتى لا يثبت للصبي والمجنون
وكذلك الكافر لا ولاية له على المسلم لانه لا يرث منه والمسلم لا ولاية له على الكافر ايضا
لانه لا يرث منه وكذلك العبد لانه لا ولاية له ايضا لانه لا يرث من احد نفذ نكاح حرة
مكلفة بلا ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية لانها
تصرفت في خالص حقها وهي من اهل التصرف لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف
في مالها ولها اختيار الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف
وفي رواية عن ابي يوسف لا ينعقد الا بولي وعند مالك والشافعي لا ينعقد بعبارة النساء
اصلا وله اي للولي الاعتراض في غير الكفؤ ان شاء فسخ وان شاء اجاز
ما لم تلد منه واما اذا ولدت منه فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد بعدم
مربيه كذا في الخانية والخلاصة ولكن ذكر في مبسوط شيخ الاسلام ان المرأة اذا زوجت
نفسها من غير كفؤ فعلم الولي بذلك وسكت حتى ولدت ولدا ثم بدا له ان يخاصم في
ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضى في حق النكاح في حق البكر
نصا بخلاف غيرها كذا في النهاية وروى الحسن عن الامام عدم جوازه اي عدم
جوازه من غير الكفؤ لان كثيرا من الاشياء لا يمكن رفعه بعد الوقوع وعليه الفتوى
لفساد الزمان قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز النكاح
ان كان كفؤا وان لم يكن كفؤا لا يجوز اصلا واختلف الروايات عن ابي يوسف والمختار في زماننا
رواية الحسن وعند محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولي ولو من كفؤ وقد روي رجوع
محمد الى قولهما يعني ينعقد نكاحها عنده بلا ولي ولا يتوقف على الاجازة

قال صاحب البيانية وقال رجاء ابن ابي رجاء سألت محمدا عن النكاح بغير ولي فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولي قال ترفع امرها الى القاضي ليزوجها قلت فان كانت في موضع لا حكم في ذلك الموضع قال تفعل ما قال سفيان قلت وما قال سفيان قال تولي امرها رجلا ليزوجها انتهى فيفهم منه عدم رجوعه ولا يجبر ولي بالغة ولو بكرا عندنا خلافا للشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى لان الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها واحتج الشافعي ايضا بما روي عن النبي عليه السلام انه قال ليس للولي مع الثيب امر فدل على ان له امرا مع البكر عملا بالمفهوم لانه حجة ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير ولاية عليها والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وفيما نحن فيه قصور العقل ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها كما لا اجبار على الغلام والجواب عما رواه ان المراد ضم الولي البكر الى نفسه في السكنى يعني يضم البكر الى نفسه خوفا من خديعة الرجال لانها لم تمارسهم بخلاف الثيب حيث لا يضمها الى نفسه في السكنى بل هي تنفرد بالسكنى لانها امنت من ذلك او نقول المراد الثيب البالغة بدليل ان كلا منهما امرأة وتصرفا على وجه النظر في مال البنت قبل البلوغ والعمل اذا لم يمكن اجراؤه على عمومه يراد به اخص الخصوص وانما قلنا ذلك لان امرا وقع نكرة في موضع النفي كذا في البيانية وحاصل هذا المحل ان البكر الصغيرة تجبر اتفاقا والثيب البالغة لا تجبر اتفاقا والبكر البالغة فيها خلاف بيننا وبين الشافعي ثم عندنا كل ولي له الاجبار وعند الشافعي ليس الا للاب والجد ابي الاب

فاذا استأذنها الولي البكر فسكتت او ضحكت او بكت بلا صوت فهو اذن وفي الصحيح رد اما السكوت فلقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جانب الرضا فيه راجح لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد قالت عائشة رضي الله عنها ان البكر لتستحيي اذنها صماتها والضحك ادل على الرضا من السكوت الا اذا كان على وجه الاستهزاء وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد ان يزوج فاطمة من علي رضي الله عنهما دنا الى خدرها وقال ان عليا يذكرك ثم خرج فزوجها والبكاء رضا عند ابي يوسف لانه يكون لشدة الحياء فاشبه السكوت وعند محمد لا يكون رضا لانه دليل الكراهة فصار كالرد وقال بعضهم ان كانت دموعها حارة لا يكون رضا لان ذلك من الغم وان كانت دموعها باردة يكون رضا لانه من السرور لا يرى انه يقال اقر الله عينك ويراد به الدعاء بالسرور وقال الفقيه ابو الليث وعندي ان البكاء اذا كان مع الصياح والصوت فهو رد لا يكون اجازة وان كان مع السكوت فهو اجازة وتاج الشريعة في الوقاية والهم اخذا بقول ابي الليث وكذا لو زوجها فبلغها الخبر اي يكون السكوت والضحك والبكاء بلا صوت رضا لان وجه الدلالة في السكوت والضحك والبكاء لا يختلف وكان محمد بن مقاتل يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضا منها بالنص واما اذا بلغها العقد فسكتت لا يتم العقد لان الحاجة ههنا الى اجازة المرأة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنا نقول هذا في معنى المنصوص عليه لان لها عند الاستيمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قولنا لان وجه الدلالة لا يختلف ويشترط في الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه واما اذا ابهم وقال اني ازوجك فسكتت لا يكون السكوت رضا

نكاح الزهراء المرتضى رضي الله عنهما

لا يشترط تسمية المهر لان النكاح صحيح بدونه فلا يحتاج الى ذكره هو الصحيح احتراز عن قول قائل من المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستئذان لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ولو استأذنها غير الولي الاقرب كالاستئذان الاخ مع وجود الاب مثلا او غير ولي من الاجانب فلا بد من القول ولا يكون السكوت وعدمه رضا وقال شمس الائمة السرخسي ان سكوتها عند استيمار الاجنبي يكون رضا لانها تستحيي من الاجنبي اكثر مما تستحيي من الولي وان كان المستأمر رسول الولي فهو قائم مقامه فيكتفى بسكوتها وكذا لا بد من القول لو استأذن الثيب سواء كان المستأذن وليا او غيره لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور قال صاحب العناية وجه الاستدلال به ان المشاورة من باب المفاعلة وهو يقتضي الفعل من الجانبين وقد وجب النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق بها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا والغالم يعد عيبا لم يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن في معناه بمعنى النطق من البكر لا يلحق به في عدم لزومه وقيام السكوت مقامه ولان السكوت صار رضا لتوفر الحياء فان عائشة رضي الله عنها لما اخبرت ان البكر تستحيي قال عليه السلام سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها انتهى ما في العناية يقول الفقير الظاهر انه لا فرق بين تينك التعليلين الا في العبارة وما وقع في الهداية من قوله ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها يدل دلالة ظاهرة على ما قلنا تدبر ومن زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي بكر يكتفى في استيمارها بسكوتها ولا يحتاج الى القول لانها بكر حقيقة اذ البكر من يكون مصيبها اول مصيب وهي كذلك لانها مشتقة من الباكورة وهي اول الثمار او من البكرة وهي اول النهار لما اعترض عليه بانه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زائل البكارة بالوثبة ونحوها لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له ان يردها واجيب بان الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحياء وهو موجود فيها لانها تستحيي لعدم الممارسة والتعنيس من عنست الجارية اذا جاوزت وقت التزوج ولم تزوج حتى خرجت من عداد الابكار وكذا يكتفى في استيمارها بسكوتها ولا يحتاج الى القول لو زالت بكارتها بزنا خفي عند ابي حنيفة خلافا لهما والشافعي لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة وهي الثواب وانما سمي به لانه يرجع اليها في العاقبة والمثابة وهي الموضع الذي يرجع اليه مرة بعد اخرى والتثويب وهو العود مرة بعد اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى ولابي حنيفة ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها لان الشرع اظهره كيلا يتعطل عليها مصالحها وهذا قيد الزنا بقوله خفي حتى لو اشتهر حالها باقامة الحد عليها او بصيرورته عادة لها لا يكتفى بسكوتها وكذا لو وطئت بشبهة او بنكاح فاسد فانها ثيب لا يكتفى بسكوتها لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر واثبات النسب ولو قال لها الزوج سكتت وقالت رددت ولا بينة له فالقول لها لانه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول له لان رد الوديعة نفي لما يدعي المودع بكسر الدال كانه يدعي بقاء الوديعة في يد المودع وقال زفر القول قول الزوج لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة وقيد بقوله ولا بينة له لانه ان اقام الزوج البينة على سكوتها يثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة ولا تحلف المرأة عندهما لا عند الامام وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتي في الدعوى ان شاء الله تعالى

وللولي انكاح المجنونة والصغيرة الصغيرة ولو كانت الصغيرة ثيبا لقوله صلى الله عليه وسلم
الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء وقال عليه السلام
الانكاح الى العصبات والبالغة العاقلة خرجت بما سبق من الحديث فبقي الصغار والمجانين
وابو بكر رضي الله عنه زوج عائشة رضي الله عنها نبينا صلى الله عليه وسلم وهي بنت
سبع سنين وبنى النبي عليه السلام بها وهي بنت تسع سنين وعلي كرم الله وجهه
زوج بنته ام كلثوم من عمر رضي الله عنه وهي صغيرة ولان النكاح يتضمن المصالح
وذلك يكون بين المتكافئين والكفو لا يتفق في كل وقت فمست الحاجة الى اثبات
الولاية على الصغار تحصيلا للمصلحة والقرابة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع
ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب لان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة
لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه
فلا يلحق به والشافعي يخالفنا في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا
وجه قوله في المسألة الاولى ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته
وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك النفس
وانها اعلى واولى وجوابنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد
وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا
بلغا ووجد الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا فيه وقع خللا بقصور
الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك
الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا يثبت ولاية الالزام ووجه قوله
في المسألة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم
عليها تيسيرا وجوابنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة والشفقة ولا ممارسة تحدث
الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر مع ان ما روينا انفا من قوله عليه السلام
الانكاح الى العصبات يوجب كلا منا من غير فصل قال صاحب البيانية فان قلت اي شيء
تعني بالشفقة ام كمال الشفقة لا تم الاول لان اصل الشفقة موجود في كل مسلم
وله راي كامل ومع هذا لا يثبت الولاية لكل مسلم على الصغير والصغيرة
والثاني لان كمال الشفقة معدوم في حق الاخ والعم ولهذا لا يصح تصرفهما
في مال الصغار قلنا نعني بها الشفقة الناشئة من القرابة وهي داعية الى النظر
في المصالح غاية ما في الباب ان هذه الشفقة قاصرة ليست مثل شفقة الاب والجد
يقول الفقير من تأمل كلام صاحب الهداية يعرف ان المراد من الشفقة الشفقة الناشئة
من القرابة لا غير فلا يحتاج الى السؤال والجواب فان كان الولي المزوج ابا او جدا
لزم العقد لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه
برضاها بعد البلوغ وان كان غيرهما فلهما الخيار اذا بلغا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
يعني ان وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من حسن الخلق وحسن
ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتقتيرها
وهذه المقاصد اهم من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجهد بليغ ونظر صائب فلنقصان
قرابته وقصور شفقته ربما لا يحسن النظر فيقع الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك
والملاق بالجواب غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في
ونقصان الشفقة في القاضي فتخير وروى خالد بن جبيح عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار
لليتيم واليتيمة اذا زوجهما القاضي لان له الولاية في المال والنفس فكان في قوة ولاية
الاب والجد لكن الصحيح هو الاول لان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم
فاذا ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي اولى

اصل الشفقة

وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح

او علما بالنكاح

او علما بالنكاح بعد البلوغ يعني ان عندهما اذا بلغت الصغيرة ولم تعلم بالنكاح فلها الخيار
حتى تعلم فتسكت واذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وشرط العلم بالنكاح
لانها لا تتمكن من التصرف الا بالعلم والولي ينفرد بالنكاح فتعذر بالجهل ولم يشترط العلم
بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل خلافا لابي يوسف
فانه قال لا خيار لهما اذا بلغا او علما بالنكاح بعد البلوغ اعتبارا بالاب والجد وبه قال زفر
وسكوت البكر بعد البلوغ والعلم بالنكاح رضا اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح
ولا يمتد خيارها اي خيار البكر الى اخر المجلس وان جهلت ان لها الخيار لا يعتبر الجهل
الجهل في مثل هذا في دار العلم لا يكون عذرا بخلاف المعتقة فانها معذورة في الجهل
سواء كانت جاهلة بالعتق او بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما
الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة
بخلاف الحرة فان طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة والصبي والصبية يجب عليهما
تعلم الايمان واحكامه اذ وجب على وليهما التعليم ولا ينبغي ان يترك كما سيجيء
قال عليه السلام مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم اذا بلغوا
وجه الاستدلال بالحديث ان الاكراه على الصلاة والامر بتعلمها يدل على وجوب
تعلم سائر احكام الدين لكون الكل مشتركا في هذا المعنى وخيار الغلام والثيب
لا يبطل بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح ايضا ولو قاما
عن المجلس بالرضا صريحا او دلالة بان يفعل ما يدل على الرضا كالقبلة واللمس
واعطاء الغلام المهر وقبول الثيب المهر لان خيار البلوغ ثبت بعدم الرضا بالزوج
وما ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا الا ان سكوت البكر رضا فلا يمتد الى اخر
فضلا عما وراءه لا سكوت الغلام فلا يبطل خياره بالقيام المستلزم للسكوت
واما عدم بطلان خيار الثيب بقيامها عنه فلان خيار بلوغها لم يثبت باثبات
بل لتوهم الخلل حتى يكون تمليكا فيقتصر على المجلس بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات
المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس وما لا يثبت باثبات الزوج لا يقتصر
على المجلس فان التفويض هو المقتصر عليه كما سيأتي في موضعه ان شاء الله تعالى
ويشترط القضاء للفسخ في خيار البلوغ لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل
المتوهم بسبب قصور الشفقة ولهذا يشتمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخر
فيفتقر الى القضاء لا يشترط القضاء للفسخ في خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع
ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها بصيرورة طلقاتها ثلاثا فان الزوج قبل عتقها
كان يملك بتطليقتين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس للانكار فيه مجال
حتى يحتاج الى الالزام ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء
فان مات احدهما قبل التفريق ورثه الاخر بلغا او لا تفريع لكون القضاء شرطا
للفسخ في خيار البلوغ لان النكاح صحيح والملك به ثابت فاذا مات احدهما فقد
انتهى النكاح سواء مات قبل البلوغ او بعده لان الفرقة بينهما لا تقع الا بقضاء القاضي
فيتوارثان ويجب المهر كله وان مات قبل الدخول كذا في الزيلعي وفي المحيط وان مات
احدهما قبل التفريق ورثه الاخر لقيام الزوجية وهذه فرقة بغير طلاق ولا مهر عليه
ان لم يدخل بها وان كان دخل بها فلها المهر المسمى بينهما مخالفة ظاهرة والاقرب
ما ذكره الزيلعي كما لا يخفى كذا في حاشية يعقوب باشا والولي هو العصبة
نسبا او سببا على ترتيب الارث يعني ترتيب العصبات في ولاية الانكاح كترتيبهم
في الارث فيكون اقرب الاولياء الابن ثم ابن الابن وان سفل لكن هذا منصوص في المعتوهة
لا في الصغيرة ثم الاب ثم ابو الاب وان علا ثم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ
لاب وام ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وام ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب ثم

القرابة

الجواز

الخلل

المجلس

الزوج

ضى

الى العتاقة يستوي فيه الذكور والاناث ثم عصبة مولى العتاقة

ثم

وابن المجنونة مقدم على ابيها عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه
الولاية مبنية عليها خلافا لمحمد لان الاب اوفر شفقة من الابن بدليل ان ولاية الاب تعم النفس والمال
والابن ليس له الولاية في المال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم
فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء اما الى الصبي
والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفو واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى
ولا كافر على ولد المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل
شهادته عليه ولا يتوارثان واما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى
والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث
فان لم يكن اي ان لم توجد عصبة فللام ثم للاخت لابوين ثم للاخت لاب ثم لولد الام ذكرا كان
او انثى ثم لذوي الارحام الاقرب فالاقرب فالاقرب التزويج مبتدأ مؤخر وقوله فللام
مع ما عطف عليه خبر مقدم عند الامام لان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو
المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة خلافا لمحمد وهو القياس لان الولاية انما تثبت
صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة وقوله عليه الصلاة والسلام
الانكاح الى العصبات عرف الانكاح باللام فيقتضي وكما عينا هذا الجنس مفوض الى هذا
الجنس فلا يكون لغيرهم مدخل وابو يوسف مع محمد في الاشهر ثم لمولى الموالاة اي
يعني من لا وارث له فوالى غيره على انه ان جنى فارشه عليه وان مات فميراثه له فله التزويج
ان لم يوجد من تقدم قال صاحب الكافي ان لمولى الموالاة تزويج الصغير والصغيرة
كذوي الارحام ان لم يوجد المتقدم عليه وقال الفاضل يعقوب باشا وفيه كلام
وهو ان وجود سبب الموالاة بين الاجنبي والصغير والصغيرة محل نظر الا ان يقال لا يجب ان يكون
الموالاة بلا واسطة بل يتحقق بينهما الموالاة بواسطة ابي الصغير والصغيرة كما لا يخفى انتهى
ثم للقاضي في منشوره ذلك اي كتب في منشوره ان له ولاية التزويج فيه اشارة الى ان ولاية القاضي انما هي بطريق
النيابة عن السلطان لانه هو الذي يعطي منشوره فيكون ولايته بطريق الاولى فلا حاجة الى ذكر السلطان مستقلا
كما وقع في سائر الكتب قال الفاضل يعقوب باشا وفي صاحب العناية ثم السلطان ثم القاضي لانه
لاحال السلطان استقلال الولاية لكل واحد منهم على الترتيب لا بطريق النيابة والامر في القاضي
والسلطان ليس كذلك فلا وجه لعطفه عليه بثم كما لا يخفى انتهى يقول الفقير قال صاحب العناية ثم القاضي
اذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده ومنشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية له فهذا ينبئ
عن كون ولايته بطريق النيابة قطعا ولو لم يقل هكذا واكتفى بقوله ثم القاضي لكان لما ذكره
الفاضل المزبور وجه لكن لما قال صريحا فلا مساغ في كلامه اصلا تدبر وللابعد التزويج اذا كان
الاقرب غائبا وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة عن نسبة
غير الكفو اليها والحق الثابت بشخص لا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا
ولاية الاقرب ثابتة في غيبته لا يكون للابعد ولاية التزويج ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من
النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد كما اذا مات الاقرب ولو زوجها
حيث هو فيه لانه جائز وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه
فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد ثم بين حد الغيبة بقوله بحيث لا ينتظر
الكفو الخاطب جوابه اي جواب الاقرب وعليه الاكثرون وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء
ولايته وعن هذا قال فخر الدين قاضي خان ولو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة
وقيل مسافة السفر اذ لا نهاية لاقصاها وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام السغدي
والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي طاهر
وقال الفاضل الزيلعي وعليه الفتوى وقيل بحيث لا يصل القوافل اليه في السنة الا مرة وهو
اختيار القدوري وقال بعضهم من شهر فصاعدا غيبة منقطعة وما دونها فليس بمنقطعة
وقال بعضهم ان يكون بحال لا من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف

المروزي

خبره

وقال بعضهم

وقال بعضهم ان كان في موضع ينقطع الكرا اليه بدفعة فليست بمنقطعة وان كان ينقطع بدفعتين فالغيبة
وقال بعضهم الغيبة المنقطعة في رواية من كوفة الى الري وهي خمس وعشرون مرحلة وفي رواية اخرى
من بغداد الى الري وهي عشرون مرحلة وروي عن ابي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما
بلدتان احدهما بالمغرب والاخر بالمشرق قالوا وهذا مع قول زفر ورجع منه الى قول الكل
ولا يبطل النكاح بعوده اي بعود الاقرب لانه قد تم على الاصل بحصول المقصود بالبدل
ولو زوجها وليان متساويان في الرتبة كالابنين والاخوين مثلا فالعبرة للاسبق
لقوله عليه السلام اذا انكح الوليان فالاول اولى لانه لما سبق نفذ فلا يجوز انكاح الثاني
وهذا لان سبب الولاية القرابة وهي لا تتجزى والحكم الثابت به ايضا لا يتجزى فصار كل واحد منهما
فايهما عقد اولا جاز ولا يجوز الثاني وان كانا معا بطلا لتعذر الجمع وعدم اولوية احدهما
ويصح كون المراة وكيلا في النكاح لان المعتبر اصل البلوغ والعقل وقد وجدا في المراة فيترتب عليها
ما يترتب عليهما في الرجل قياسا على المال

فصل

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز ويمكن للاولياء الفسخ عنده
احتيج الى ان يذكرها في فصل على حدة والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفو وهو النظير كافا
فهي معتبرة في النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء
رواه جابر رض ولان انتظام المصالح بين المتكافئين يوجد عادة ولا يوجد بين غير المتكافئين
والنكاح ما شرع الا لانتظامها على ان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها
بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش وعن هذا قال تعتبر الكفاءة في النكاح
لا في النسب يعني في التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا يعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية
بالحديث قال عليه السلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى
وقد تأيد ذلك بقوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقيكم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم
اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل
والمراد بالاول العقبى ولما كانت قريش من الاكرمية غالبة على العجم حتى قالوا الموالي اكفاء بعضها لبعض
والعرب اكفاء بعضها لبعض قال صاحب البداية وفي صحة هذا الحديث نظر لانه لم يثبت عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم وكذا قوله الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء لم يثبت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مرادهم بنسبه الى النبي عليه السلام انتهى فقريش بعضهم
اكفاء بعض وغيرهم من العرب ليس كفؤا لهم بل بعضهم اي بعض العرب اكفاء بعض من العرب
لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش حتى لو تزوجت هاشمية قرشيا لم يرد عقدها الا يرى ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم زوج بنته عثمان وكان من بني عبد شمس وزوج علي كرم الله وجهه
بنته ام كلثوم من عمر رضي الله عنه وكان قرشيا لا هاشميا وروي عن محمد انه قال
لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب مشهورا كبيت الخلافة كاهل بيت الخلافة
فح يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولادهم
كان للاولياء حق الاعتراض قال صاحب الهداية كان محمدا قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة
لا لانعدام اصل الكفاءة لانه وقع في زمن الخلفاء العباسية وبنو باهلة ليسوا اكفاء لغيرهم من العرب
بنو باهلة قبيلة من قيس بن عيلان بالعين المهملة اسم الياس بن مضر وباهلة في الاصل اسم امراة
كانت تحت معن بن يعصر بن سعد بن قيس بن عيلان فنسب اولادها اليها فهم ليسوا اكفاء
لانهم معروفون بالخساسة والدناءة لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون
عظام الميتة وياخذون الدسومات منها قال قائل ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس من باهلة
وتعتبر الكفاءة في العجم اي غير العرب اسلاما ولا يعتبر نسبا لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون
التفاخر فيهم بالنسب بل بالاسلام كما اشار اليه سلمان الفارسي حين افتخر الصحابة
بالانساب وانتهى الامر اليه فقال افتخر بالاسلام لا ابي لي سواه وحرية فمسلم او حر ابوه كافر
او رقيق غير كفو لمن لها اب في الاسلام او الحرية نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في

مطلب لا نسب لغير العرب

واما في العرب فامن لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن كان له اب في الاسلام
لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفوا النسب اخرى اذا كانا مسلمين
واما العجم فقد اضاعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له اب في الاسلام ينبغي
ان لا اب له فيه ولا يعتبر كفوا والكفاءة في الحرية نظيرها فان العبد لا يكون كفوا لحرة
وكذلك المعتق لا يكون كفوا لها ومن له اب فيه اي في الاسلام او فيها اي في الحرية غير كفو لمن له ابوان
فيه او فيها لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة بسببه خلافا لابي يوسف
فانه الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا
اسم الغائب واسم ابيه يحصل التعريف عند ابي يوسف ولا احتياج الى ذكر الجد وعندهما
لا بد من ذكر الجد ومن له ابوان فيه او فيها كفو لمن له اباء فيه او فيها لان التعريف يتم بالاب
اي الاب والجد والتفضيل بعد ذلك والنقص محو ولان ما فوق الجد لا يعرف غالبا فلا يشترط
وتعتبر الكفاءة ديانة وهي التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الاخلاق وهذا
عند ابي ح وابي يوسف لانها من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير
بضعة النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة بالاعتبار اولى خلافا لمحمد
لانها من امور الاخرة فلا يبنى عليها احكام الدنيا كذا في الهداية قال المولى سعدي افندي اقول
قال ابن الهمام في التوجيه تأمل على انا لم نبن الا على امر دنيوي وهو ما ذكره ان المرأة تعير
بفسق الرجل فوق ما تعير بضعة النسب انتهى ونحن نقول ان فساد التوجيه لا يحتاج الى
بل الواقع ابتناء امر الدنيا على امر الاخرة الا يرى ان قبول الشهادة من امور الدنيا وتبتنى على الديانة
يقول الفقير وكذا الاسلام من امور الاخرة ومع هذا بني عليه الكفاءة التي هي من احكام الدنيا
قال صاحب الاختيار قال محمد لا تعتبر الكفاءة في الديانة والتقوى الا ان يكون فسق الزوج فاحشا
كمن يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان
كذا في الهداية فليس فاسق كفوا لبنت صالح تفريع على قول الشيخين وان لم يعلن في اختيار الفضلي
وعند بعض المشايخ الفاسق اذا لم يعلن يكون كفوا لبنت صالح حتى روي عن ابي يوسف انه
اذا كان الفاسق ذا مروءة وكان مستترا فهو كفو لانه لا يظهر فلا يلحق بها الشين
وتعتبر الكفاءة مالا وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية فالعاجز
عن المهر المعجل والنفقة او عنهما غير كفو للفقيرة القادر عليها اما المهر فلانه بدل عن البضع
فلا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها وقيد بالمعجل لان ما وراءه مؤجل عرفا
ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر
لانه يجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه لان الاباء في العادات يتحملون
المهر عن الاولاد دون النفقة الدارة والمراد بالنفقة ان يكتسب كل يوم مقدار ما ينفق عليها كذا في
وقيل نفقة ستة اشهر والقادر عليهما اي على المهر والنفقة كفو لذات اموال عظام
عند ابي يوسف لانه لا ثبات للغناء اذ المال غاد ورائح خلافا لهما فانهما يعتبران الكفاءة في
حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة فقط لان الناس يتفاخرون بالغنا
ويتعيرون بالفقر وتعتبر الكفاءة حرفة عندهما وعن الامام روايتان في رواية لا تعتبر وهو ظ
وفي رواية تعتبر وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها ووجه
رواية عدم الاعتبار ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها
وعن ابي يوسف انها لا تعتبر الا ان تفحش كالحجام والحائك والدباغ فحائك او حجام او كناس او
غير كفو لعطار وبزاز وصراف تفريع على اعتبار الكفاءة حرفة وهذا باعتبارها يفتى
قال الفاضل يعقوب باشا وقد صرح بالافتاء به في شرح الوقاية والهداية ولو زوجت المرأة نفسها
غير كفو فللولي ان يفرق ما لم تلد منه يقول الفقير سبقت هذه المسألة في اول الباب لكن ذكرها ثانيا
لتمهيد المسألة التي تليها وهو قوله وكذا لو نقصت عن مهر مثلها اي للولي ان يفرق او ان يتم مهر مثلها
لان الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به
خلافا لهما لان ما زاد على العشرة حق الشرع وهو العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما في الابراء بعد التسمية
او تجهيزه او طلبه بالنفقة رضا لانه تقرير لحكم العقد لا سكوته لان السكوت عن المطالبة محتمل فلا يجعل رضا الا في مواضع مخصوصة وقبضها قبض الولي المهر
على ما ذكر في النهاية وليس هذا منها وان رضي احد الاولياء فليس لغيره الاعتراض لو استووا في الدرجة وهي اربعة وعشرون موضعا
واما اذا كان الغير اقرب فله الاعتراض ... حتى اذا عقد احدهم لم يبق ... على نسخة

مطلب قدر النفقة المفروضة على الزوج للزوجة

فصل

فصل

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه
وكان لعقد الفضولي احكام يجب ذكرها ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة
ووقف تزويج فضولي او فضوليين على الاجازة يعني يجوز ان يكون من جانب الزوج فضولي
ومن جانب المرأة فضولي اخر فيتوقف على اجازتهما ويتولى طرفي النكاح واحد بان كان وليا
من الجانبين بان يزوج رجل بنت اخيه بابن اخ اخر له ولاية او وكيلا منهما
بان يزوج رجل امرأة برجل وكالة منهما او وليا واصيلا بان يزوج ابن العم بنت عمه
من نفسه فيكون اصيلا من جانبه ووليا من جانبها او وليا ووكيلا بان
يزوج بنته من اخر وكالة منه او وكيلا واصيلا بان يزوج امرأة من نفسه وكالة
ولا يتولاهما اي طرفي النكاح فضولي ولو من جانب عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف
فان الفضولي الواحد يتولى طرفي النكاح عنده وحاصل مسائل الفضولي ستة
ثلاث منها يتوقف على الاجازة اتفاقا بيننا خلافا للشافعي وهي فضولي قال زوجت
فلانة من فلان وهما غائبان فقال فضولي اخر قبلت او قال زوجت فلانة وهي غائبة
فقال الفضولي زوجها منك او قالت زوجت نفسي من فلان وهو غائب فقبل عنه
فضولي وثلاث منها فيها اختلاف وهي فضولي قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان
ولم يقبل احد او قال زوجت فلانة وهي غائبة او قالت زوجت نفسي من فلان وهو غائب
ولم يقبل احد قال ابو يوسف يتوقف على الاجازة ويتم باذنه وقالا هو باطل هو يقول
لو كان مأمورا من الجانبين ينعقد فاذا كان فضوليا يتوقف ولهما ان الموجود شطر
العقد لانه شطر حالة الحضرة حتى يملك الرجوع قبل قبول الاخر ويبطل بالقيام قبل قبول
الاخر وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه
ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير في حكم كلامين وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب
والقبول فيتوقف ولو امره ان يزوجه امرأة فزوجه امة الغير لا يصح عندهما وهو الاستحسان
لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزويج بالاكفاء وعند الامام يصح رجوعا
الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقيدنا بقولنا الغير كما قيده صاحب الهداية لانه لو زوجه امته
لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة كما اشرنا اليه في الدليل بقولنا وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ
لان لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة تقع على الحرة والامة جميعا
قال صاحب العناية ما وقع في دليل الامامين من قولهما وهو التزويج بالاكفاء دل على ان الكفاءة
تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما وكذا ذكر في الاصل انتهى قال المولى سعدي افندي ان
اراد انه دل على اعتبارها في الوكالة عندهما فسلم بالنظر الى دليلهما وان اراد مطلقا فمم
ولو زوجه امرأتين في عقد لا يلزم واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا
الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق
ولو زوج الاب او الجد الصغير او الصغيرة بغبن فاحش في المهر او من غير كفو جاز عند ابي ح
لان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر والكفو وقد صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها على صداق خمسمائة درهم وزوجها
منه ابو بكر رضي الله عنه وزوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته فاطمة عليا كرم الله وجهه باربعمائة
وكان مهر مثلها اكثر من ذلك باضعاف لاجتماع الفضل فيها فعلم ان نكاح الاب بالغبن الفاحش يجوز
كذا في البيانية يقول الفقير مهر المثل على ما قرروا انما يعتبر بمهر امرأة من قوم ابيها اجتمع
الفضل فيها اولا فالمناسب ان يقول ومهر مثلها اكثر من ذلك باضعاف لان مهر اخواتها
او عماتها او بنات اعمامها كان اكثر من ذلك باضعاف تدبر خلافا لهما لان الولاية
مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء
والاعراض عن الكفاءة ضرر ظاهر فلا يجوز وليس ذلك لغير الاب والجد اتفاقا وهو ظ

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما كذا في العناية
قال المولى سعدي افندي اقول لا ادري لم خص مهر المثل بالذكر والحال ان وجوب المهر مطلقا
سمي كان او مهر المثل من احكام النكاح فكان الاولى هو الاجراء على العموم انتهى يقول
الفقير المراد بالحكم الاثر المترتب على الشيء ومراد صاحب العناية من التخصيص ان ترتب المهر
على النكاح من غير ذكره يفيد كون المهر حكم النكاح وما هذا الا في مهر المثل فانه يجب بالعقد
من غير ذكره والمهر هو المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع
اما بالتسمية او بالعقد وله اسامي المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر
يصح النكاح بلا ذكره ومع نفيه لا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر
قال الله تعالى فانكحوا والنكاح لغة لا ينبئ الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين مع
السكوت عنه فان قيل ينبغي ان لا يتم النكاح بدون التسمية لان المهر اوجب
كالثمن في البيع فكما يفسد البيع هناك عند ترك تسمية الثمن فكذا هنا عند ترك تسمية المهر
اجيب بان وجوب المهر ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحته
فان قيل هذه دعوى فلا بد له من دليل قلت دل عليه قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم
النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا
يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا
تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين
واقله عشرة دراهم لقوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع وجوبا
اظهارا لشرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو
محترم فلان يتلف له منافع بضع كان اولى وقال الشافعي يجوز ان يكون ثمنا في البيع
لانه حقها فيكون التقدير اليها فلو سمى دونها لزمت العشرة عندنا وقال زفر
يلزمها مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كالعدم ولنا ان فساد هذه التسمية
لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة واما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها
بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه
بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لم يجب
العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضي بها لا محالة
وان سماها اي العشرة او اكثر لزم المسمى بالدخول او موت احدهما مطلقا لان بالدخول
يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته حيث لم يبق قابلا
والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه الممكن تقررها لوجود المقتضي وانتفاء المانع
ولزم نصفه اي نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة لقوله تعالى
وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص
في الباب فيجب العمل به والخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول عندنا على ما بيناه انشاء
وان سكت عنه او نفاه لزم مهر المثل بالدخول او الموت لان المهر وجب حقا للشرع
على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فيملك الابراء دون النفي لان الانسان انما
يتصرف فيما يملكه دون ما لا يملكه وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثر اصحاب
الشافعي على انه يجب في الدخول لان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من
اسقاطه انتهاء وبالطلاق قبل الدخول والخلوة في هذه الصورة تلزم متعة معتبرة
بحاله في الصحيح لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وجه الاستدلال
انه تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن
والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة
فامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضي الوجوب ايضا وذكر بكلمة على وهي للفريضة ايضا

ثم هذه المتعة معتبرة بحاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره اي على الغني حاله
وعلى المقتر اي الفقير المقل بقدر حاله وفي قول الكرخي انها تعتبر بحالها والصحيح انها تعتبر بحاله
لا تنقص المتعة عن خمسة دراهم ولا تزاد على نصف مهر المثل قالوا المتعة اما ان تكون
زائدة على نصف مهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض
الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى الخلف وهو المتعة فلا تزاد على نصف مهر المثل
وان لم تكن فاما ان تكون مساوية له او لا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص
وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل
والمتعة هي الخلف ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة وان لم تكن فلها
المتعة بالنص كذا في العناية وهي اي المتعة درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس
وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير
اي تقدير العدد مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم وذلك لان المرأة تصلي في ثلاثة
اثواب وتخرج فيها عادة فيكون متعتها كذلك وكذا الحكم يعني يجب مهر المثل او
لو تزوجها بخمر او خنزير لان شرط قبول الخمر شرط فاسد يعني ان قوله تزوجتك على
بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبول الخمر وهذا الشرط فاسد والنكاح لا يبطل
لان الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية اصلا وفي ذلك لا يفسد فههنا اولى
بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربا وهو يعمل
فاذا كان كذلك يصح النكاح ويلغو الشرط لكن لم يصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال
في حق المسلم فوجب مهر المثل او بهذا الدن من الخل فاذا هو خمر يلزم مهر المثل فيه ايضا
خلافا لهما فانه يجب مثل وزنه خلا عندهما او بهذا العبد فاذا هو حر يلزم مهر
المثل فيه ايضا عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فانه يجب القيمة فيه عنده قال صاحب العناية
وحاصل اختلافهم ان محمدا مع ابي يوسف في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية
دون مهر المثل ومع ابي حنيفة في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل
ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة في الفصول كلها والتسمية عند ابي يوسف في الفصول
والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد انتهى فعنده العبد
مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان مختلفان لفحش
التفاوت فاذا اعتبر محمد الاشارة في الجنس الواحد يتعلق العقد في مسألة العبد
بالمشار اليه عنده فيكون كأنه تزوج على حر فيلزم مهر المثل كما هو عند ابي حنيفة كذلك
واذا اعتبر التسمية في الجنسين يتعلق العقد في مسألة الخل بالمسمى فيلزم مثل وزنه خلا
كما هو عند ابي يوسف كذلك وان كنت تريد مزيد تفصيل وتوضيح في هاتين
المسألتين فراجع الى الهداية وشروحها نفعنا او بثوب او بدابة لم يبين جنسهما يلزم ايضا
مهر المثل لان المسمى مجهول الجنس اذ الثياب اجناس مختلفة لانها من القطن والكتان
وكذا الدابة تقع على الخيل والبغل والحمار فكل جنس يشتمل على انواع وكل نوع على اصناف
قال ابن ملك وفي المحيط لو تزوج على بيت ينظر ان كان الرجل بدويا فلها بيت من شعر
لانه معلوم عندهم وان كان بلديا فلها مهر المثل لان البيت ثمة غير معين لا يصلح ان يكون
او بتعليم القرآن يلزم ايضا مهر المثل لان المشروع هو الابتغاء بالمال المتقوم والتعليم ليس
فضلا عن التقوم فيلزم مهر المثل او بخدمة الزوج الحر لها سنة يلزم ايضا مهر المثل عند ابي حنيفة
وابي يوسف لانها لو جاز امهار الخدمة لصارت المرأة مالكة مستخدمة وصار الزوج مملوكا خادما
وهذا خلاف الشرع كذا في الكافي وقال الشافعي يجوز ان يكون مهرها تلك الخدمة في هذه المسألة
وعند محمد لها قيمة الخدمة لانها صارت متقومة بايراد العقد عليها الا ان تسليمها ممتنع لما فيه من قلب الموضوع
فيلزم قيمتها وابو حنيفة يقول ان قيمة الشيء خلف عنه وقائمة مقامه فاذا لم يجز تسليم الخدمة
لم يجز تسليم قيمتها ايضا لان من شرط الخلف تصور الاصل فيجب مهر المثل

وكذا يجب مهر المثل في الشغار وهو ان يزوجه بنته على ان يزوجه بنته او اخته
معاوضة بالعقدين اي على ان يكون كل واحد من العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جائزان
لكن يجب مهر المثل لكل منهما وقال الشافعي بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا
والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الاخر وصداق ابنته اقتضى ذلك
انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف
لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل العقد ولنا انه
سمى ما لا يصلح صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما
اذا سمى الخمر والخنزير ويسمى ذلك الشغار وهو من الشغور وهو الرفع والاخلاء لانهما
بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقيد بقوله معاوضة بالعقدين
لانه لو قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه ولم يقل على ان يكون
بضع كل صداقا للاخرى جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو قال احدهما على
ان يكون بضع بنتي صداقا لبنتك ولم يقل الاخر ذلك بل زوجه بنته ولم يزد
على ذلك كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف كذا قاله مولانا
سعدي افندي نقلا عن ابن الهمام ولو تزوجها على خدمته لها سنة وهو عبد فلها
الخدمة لان خدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولو تزوجها
على خدمة حر آخر فقيل لا تستحق الخدمة والصحيح انها تستحق وترجع على الزوج بقيمة خدمته
ولو نكحها على رعي الغنم او الزراعة لم يجز على رواية الاصل والصواب ان يسلم لها اجماعا
استدلالا بقصة موسى وشعيب عليهما السلام فان شريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله
او رسوله بلا انكار كذا في الكافي ولو اعتق امته على ان يتزوجها فعتقها صداقها عند
ابي يوسف لانه صلى الله عليه وسلم اعتق صفية ثم تزوجها وجعل صداقها عتقها
وعندهما لها مهر المثل لان المهر لا بد ان يكون مالا والعتق ليس بمال فبطل التسمية فوجب مهر المثل
ولو ابت ان تتزوجه فعليها قيمتها له اجماعا لانها شرطت للمولى منفعة بمقابلة عتقها
فلما فاتت عنه المنفعة كان عليه ان ينقض العتق لكنه بعد وقوعه لا ينتقض فوجب نقضه معنى
بالزام السعاية عليها وقيد بالزام فيها لانه لا تجبر على النكاح اتفاقا لكونها حرة وللمفوضة
بكسر الواو الحرة التي فوضت نفسها من غير مهر الى زوج وبالفتح التي زوجها وليها بلا
او امة زوجها مولاها بلا مهر فالحرة بالفتح والكسر والامة بالفتح فقط كذا في شرح الكنز
ما فرض لها بعد العقد ان دخل بها او مات عنها يعني ان تعجب ولم يسم لها مهر ثم تراضيا
على تسمية فهي مهرها ان دخل بها او مات عنها والمتعة ان طلق قبل الدخول
وعند ابي يوسف نصف ما فرض بعد العقد وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف
وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل
اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه
الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان كما
اذا سمى لها مهرا ثم زاد لها شيئا فانهما يلزمان على تقدير الدخول والموت لكنه
يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف
فكذا ما نزل منزلته والمراد بالآية المعتاد فنصف ما فرضتم الفرض في العقد لانه هو المتعارف
وان زاد الزوج في مهرها بعد العقد لزمت الزيادة خلافا لزفر فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة
لا تلتحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا وسنذكره ليلنا ان شاء الله تعالى في زيادة الثمن
وتسقط الزيادة بالطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة ومحمد لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد
بناء على ما ذكرنا من انه ينصرف الى المتعارف وعند ابي يوسف تنصف الزيادة ايضا لان المفروض
بعد العقد كالمفروض فيه عنده عملا بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل
وان حطت المرأة عنه اي عن الزوج من المهر صح لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء

واذا خلا

واذا خلا الزوج بها اي بامرأته بلا مانع من الوطء حسا او شرعا او طبعا كمرض يمنع الوطء ورتق
فهذان مثالان للمانع الحسي والمراد بالمرض ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن
تكسر وفتور اي مرض كان وهذا التفصيل في مرضها كذا في الهداية وقال صاحب العناية
حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض في جانبه فقيل انه ايضا متنوع
وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك سواء قال الصدر الشهيد
وهو الصحيح انتهى وصوم رمضان واحرام فرض او نفل فهذان مثالان للمانع الشرعي وحيض ونفاس
مثالان للمانع الطبعي ولا يبعد ان يكون المانع الشرعي موجودا فيهما لزمه تمام المهر وقال الشافعي
لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه
ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت المانع وذلك في وسعها فيتأكد حقها في البدل
كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري
واما ما ذكره الشافعي من ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك
تسليم ليس في قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك وانما قيد الصوم والاحرام
لان بافطار رمضان يجب القضاء والكفارة جميعا وفي ذلك حرج عظيم يمنع صحة الخلوة
والتطوع لا يجب عليه الا القضاء يعلم واحد مكانه بالشروع والافساد وهو يسير وبافساد
احرام النفل يجب عليه ان يمضي ويقضي هذا في العام القابل فهل هذا الا مؤنة شديدة
ولهذا استوى الفرض والنفل في المنع عن صحة الخلوة ولو كان الزوج خصيا
او عنينا فان خلوتهما صحيحة يجب بها كمال المهر اتفاقا لان آلتهما سالمة فادير الحكم على
سلامتها وكذا لو كان مجبوبا فان خلوته صحيحة يجب بها كمال المهر عند الامام ايضا لان
المستحق عليها التسليم بما يليق بحال المجبوب وهو السحق لا غير مثلها في هذه الحالة
وقد اتت بما وجب عليها فتستحق كل البدل كخلوة الخصي خلافا لهما لان عجز المجبوب
فوق عجز المريض لان الوطء منه متوقع بزوال المرض ولا توقع هناك اصلا فلما لم يصح خلوته فلان
لا يصح خلوة المجبوب اولى فيجب نصف المهر بالتطليق بعدها بخلاف الخصي والعنين فان
آلتهما سالمة ولا آلة للمجبوب قلنا ان المجبوب انما يتمتع للانزال والاستمتاع لا
للايلاج بخلاف المريض لان تزوجه كان للايلاج فلم يصح خلوته بخلاف خلوة المجبوب
وصوم القضاء غير مانع في الاصح لعدم وجوب الكفارة بالافساد وكذا صوم النذر
غير مانع في رواية لعدم وجوب الكفارة بالافساد ايضا وفي رواية يمنع صوم القضاء
والنذر صحة الخلوة لانه لا يصح ابطالهما الا بعذر وفرض الصلاة مانع قال
صاحب الهداية والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله قال صاحب
الاختيار والسنن الرواتب لا تمنع صحة الخلوة الا ركعتي الفجر والاربع قبل الظهر
لشدة تأكدهما بالوعيد على تركهما ثم ان المكان الذي يصح الخلوة فيه مكان يامنان فيه
من اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلا بها في مسجد او حمام او طريق او على سطح لا حجاب له
فليست صحيحة وكذلك لو كان معهما اعمى او صبي يعقل او مجنون كذلك او كلب عقور
او منكوحة له اخرى او اجنبية وفي الامة روايتان انتهى قال صاحب البيانية
وكلب المرأة يمنع صحة الخلوة لانه لا يحتمل ان تكون سيدته مستفرشة ولا يعرفه
بخلاف كلب الرجل وفي الاصم في النهار لا يكون خلوة وفي الليل يكون خلوة انتهى
يقول الفقير ينبغي انه لو كان اصم واعمى ينبغي ان يكون خلوة في الليل والنهار بغير شبهة
والعدة تجب بالخلوة ولو مع المانع احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع
والولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا يتمكنان اسقاطها والتداخل يجري
فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق العبد فلقوله صلى الله عليه وسلم
من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه رعاية
نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير في قولها لم يطأني

قال صاحب الهداية وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا يجب العدة لثبوت التمكن
حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا يجب لانعدام التمكن حقيقة قال صاحب العناية
بيانه ان في كل موضع يتمكن من الوطي حقيقة لكن يمتنع لمانع يجب فيه العدة في الرتقاء بتوهم
الوطي بالفتق وفي المجبوب بالسحق وفي كل موضع لا يتمكن من الوطي حقيقة كالمريض المدنف
او الصغير او الصغيرة لا يجب العدة اتفاقا انتهى يقول الفقير في بيان صاحب البيانية تامل
يظهر بالتامل فيما نقله صاحب الهداية عن القدوري تدبر والمتعة واجبة لمطلقة قبل الدخول
لم يسم لها مهر لما تلونا من قوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد بينا
فيما سبق فلا نعيده ومستحبة لمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهر او لا لان المتعة
خلف عن مهر المثل في المفوضة فلا يجامع الاصل ولا شيئا منه بطريق الوجوب
فلا تجامع وجوب شيء من المهر فكانت من باب الفضل وغير مستحبة لمطلقة قبله
اي قبل الدخول سمي لها مهر قالوا ان المطلقات اربع مطلقة لم توطأ ولم يسم لها مهر
فيجب لها المتعة ومطلقة لم توطأ وقد سمي لها مهر فهي التي لم يستحب لها المتعة ومطلقة
قد وطئت ولم يسم لها مهر ومطلقة قد وطئت وسمي لها مهر ففيهما يستحب لها المتعة
فالحاصل انه اذا وطئت يستحب لها المتعة سواء سمي لها مهر او لا لانه اوحشها بالطلاق
بعدما سلمت اليه المعقود عليه وهو البضع فيستحب ان يعطيها شيئا زائدا على الواجب
وهو المسمى في صورة التسمية ومهر المثل في صورة عدم التسمية واذا لم يطأها ففي
صورة التسمية يأخذ نصف المسمى من غير تسليم البضع ولا يستحب لها شيء آخر
وفي صورة عدم التسمية تجب المتعة لانها لم تأخذ شيئا وابتغاء البضع لا ينفك عن المال
ولو سمى لها الفا وقبضته ثم وهبته له اي للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع الزوج
عليها بنصفه اي بنصف الالف لانها قبضته تمام المسمى ولم يجب الا النصف
فترد النصف والالف الذي وهبته لم يتعين انه الف المهر لان الدراهم والدنانير
لا تتعين في العقود والفسوخ وكذا كل مكيل او موزون آخر غير الدراهم والدنانير
يعني اذا كان المهر مكيلا او موزونا آخر في الذمة فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل
الدخول بها يرجع الزوج عليها بنصف ذلك لعدم التعين لانه ايضا دين غير عين
ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت ولو قبضت النصف ثم وهبت الكل
او الباقي لا يرجع الزوج عليها بشيء خلافا لهما فانهما قالا يرجع عليها بنصف ما قبضت
اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها
بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض الذي لم تقبضه حط
والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة وفي
ولابي حنيفة ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق
فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل
وقولهما والحط يلتحق باصل العقد قلنا لو الحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح
الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف على ما سبق ووجه ذلك
ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد عقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن
من احد الجانبين بالزيادة والحط والنكاح ليس كذلك كذا في العناية وقال زفر هذه
المسئلة يرجع الزوج عليها بنصف الصداق وهو القياس ودليله جوابهما في الهبة واجبة
ولو وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي يرجع الزوج عليها الى تمام النصف
وعندهما بنصف المقبوض يعني اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت
الباقي فعنده ابو حنيفة يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها
باربعمائة درهم لان عنده ما سلم الى الزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر
فكانه تزوجها على ما قبضت فينصف المقبوض وهو ثمانمائة

ولو لم تقبض

ولو لم تقبض شيئا فوهبته لا يرجع احدهما على الآخر لان حكم الطلاق قبل الدخول ان يسلم الى
نصف المهر وقد حصل بل زيادة والمرأة لم تأخذ شيئا لترده اليه بخلاف المسئلة الاولى
وهي التي قبضت الفا سمي ثم وهبت له وطلقت قبل وطي وكذا لو كان المهر عرضا فوهبته
قبل القبض او بعده ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول
زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر وجه الاستحسان
ان حقيقته عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا
لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه
وصل اليه ببدل ولو تزوجها بالف على ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج
عليها فان وفى فلها الالف والا اي وان لم يف بالشرط فمهر المثل قد تقدم ان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على شرط ان لا يخرجها من البلدة
او على شرط ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق الضرة فالنكاح صحيح وان كانت
هذه الشروط فاسدة لان في كل منها المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط
فلها الالف لانه سمى ما صلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يف بها فلها مهر مثلها
لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية
الكرامة بان شرط مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة ويكلفها ما لا
تعب فيه وكما لو سمى الهدية مع الالف بان شرط ان يهدي اليها مع الالف الثياب
الفاخرة قال صاحب العناية في صورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الالف انتهى
يقول الفقير لان سياق المسئلة يدل عليه قطعا تدبر ولو تزوجها على الف ان اقام
بها اي بالبلدة وعلى الفين ان اخرجها منها فان اقام بها فلها الالف والا اي وان
لم يقم بها بل اخرجها منها فمهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف عند الامام
وعندهما لها الفان ان اخرجها يعني قالا الشرطان جميعا جائزان حتى كانت لها
الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وعند الامام الشرط الاول صحيح والثاني فاسد
وقال زفر الشرطان فاسدان حتى كان لها مهر المثل اقام بها او اخرجها ولا يزاد على
الفين ولا ينقص عن الف كما هو كذلك عند الامام ان اخرجها يقول الفقير وفي هذا
درر الحكام حيث ذكر هذه المسئلة والمسئلة التي قبلها بلا خلط احديهما بالاخرى
على وفق ما في الهداية والمختار وصاحب الوقاية والكنز والدرر خلطوا احديهما
بالاخرى بحيث يلتبس على السامع حكمها اعتمادا على فهمه لكن ما نقله المصنف وصاحب
الهداية والمختار اولى وانسب تتبع تقنع بما قلنا ولو تزوجها بهذا العبد او بهذا
العبد واحدهما اعلى والآخر ادنى فلها الاعلى ان كان الاعلى مثل مهر مثلها
او اقل والادنى ان كان الادنى مثله اي مثل مهر المثل او اكثر ولها مهر مثلها ان كان
مهر مثلها بينهما اي بين الاعلى والادنى عند الامام وعندهما لها الادنى بكل حال
اي سواء كان الاعلى مثل مهر مثلها او اقل او كان الادنى مثل مهر المثل او اكثر او كان
مهر مثلها بين الاعلى والادنى والاصل هنا ان الضمان الاصلي عنده مهر المثل وانما
يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح هنا للجهالة وعندهما الضمان
الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك
لامكان العمل بالادنى لكونه متيقنا اذا عرفت هذا فيقول الامام ان الموجب مهر المثل
لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الادنى ههنا لانه متيقن فصار كالخلع والاعتاق
على مال على هذا الوجه فان الادنى هناك متعين لكن للخلاف في هذه المسئلة وابو حنيفة يقول
ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع
وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية فانها تقبلهما فاذا كان الواجب
مهر المثل فالعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت هناك لمكان الجهالة

لانه ادخل فيها كلمة او التي للشك بخلاف الخلع والاعتاق على المال لانه لا موجب له في البدل فتعين الاقل
بخلاف النكاح لان له موجبا في البدل وهو مهر المثل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الاعلى
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الادنى فالزوج رضي بالزيادة فحكمنا برضاهما
وان طلقها قبل الدخول فلها نصف الادنى اجماعا لانه الواجب في الطلاق قبل الدخول كالمثل
المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة وفي الخانية الا ان يكون
نصف الاوكس اقل من المتعة فح يكون لها المتعة وان تزوجها على هذين العبدين فاذا
احدهما حر فلها العبد فقط عند الامام ان ساوى عشرة لان الاشارة معتبرة عنده
فكانه قال تزوجتك على هذا الحر وعلى هذا العبد ولا يصار الى مهر المثل لانه لا يجمع
مع المسمى فيكون لها العبد ان ساوى عشرة وان نقص قيمته عنها فلها تمام العشرة لانه لا
اقل من عشرة وعند ابي يوسف لها العبد مع قيمة الحر لو كان عبدا لان تسمية العبدين
معتبرة عنده على موجب اصله وهو ان المعتبر التسمية عنده لكنه عجز عن تسليم احدهما
فيجب قيمته وعند محمد لها العبد وتمام مهر المثل ان كان هو ان العبد اقل منه لانهما
لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل
وان تزوجها على فرس او ثوب هروي بالغ في وصفه او لا خير بين دفع الوسط او قيمته
يعني ان شاء دفع الفرس الوسط او قيمته وان شاء دفع وسط الثوب الهروي او قيمته
قال صاحب التسهيل قوله بالغ في وصفه بان قال بعد ما سمى جنسه عرضه كذا وطوله كذا
بحيث لو اسلم يجوز فيه السلم انتهى قال زفر اذا بالغ في وصفه يمتنع الخيار ويجبر الزوج
على تسليم الوسط وهو رواية عن ابي ح لانه لما بالغ فيه يلتحق بذوات الامثال
ولهذا يجوز فيه السلم وفي ظاهر الرواية عنه يخير الزوج بين دفع الوسط او قيمته
سواء بالغ او لم يبالغ وهي التي اخذها المص وكذا لو تزوجها على
مكيل او موزون بين جنسه لا صفته بان تزوجها على حنطة او شعير او غيرهما
ولم يزد عليه اي يخير الزوج بين دفع الوسط او قيمته ايضا وان بين صفته ايضا وجب هو
لا قيمته لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا او مؤجلا ولهذا جاز استقراضه
والسلم فيه وقيل الثوب مثله اي مثل المكيل او الموزون ان بولغ في وصفه وهو قول زفر
وغير ظاهر الرواية عن الامام كما بينا آنفا فلا نعيد ولو شرط البكارة فوجدها
ثيبا لزمه كل المهر ولا عبرة بالشرط وان اتفقا على قدر من المهر في السر واعلنا غيره
عند العقد فالمعتبر ما اعلناه عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف ما اسراه اعلم انه
فصل هذه المسئلة المولى الفاضل ابن الملك في شرح المجمع البحرين بحيث يتم ويغني
حيث قال من تزوج امرأة بمهر عشرة السر ثم تزوجها ثانيا باكثر منه في العلانية رياء
وسمعة لها مهر السر عند ابي يوسف وقالا لها مهر العلانية ثم قال هذا اذا لم يشهد
على ان ما في العلانية يزيد فان اشهد عليه لم يجب الزيادة اتفاقا ثم قال
صور التواضع في مقدار المهر لانه ان لم يوجد عقد وتواضعا على ان يظهرا النكاح بمهر ولا يكون
بينهما نكاح فاظهرا النكاح يصح فيلزم المهر المذكور اتفاقا لان النكاح لا يفسد مع الهزل
ثم قال وانما قيدنا بالتزوج ثانيا لانهما لو اظهرا اكثر مما في السر بلا عقد اخر لم يعتبر اللفظ
اتفاقا وقيدنا بالتزوج بان يكون باكثر لانه لو تزوجها علانية على ان لا مهر فمهر السر
معتبر اتفاقا لانه لما نفى المهر صار المذكور في السر مذكورا في الثاني دلالة ولو تزوجها
وسكت يجب مهر المثل اتفاقا لانه يصير مهر المثل مذكورا مقتضى للنكاح ثم قال
وهذا اذا تعاقدا بجنس ما تواضعا اما لو تعاقدا بخلاف جنسه كما اذا تعاقدا
في السر على الف درهم وتعاقدا في العلانية بمائة دينار فلها مهر المثل اتفاقا
في الاصح لانهما تركا المذكور في السر وهزلا في المذكور ثانيا والمال لا يجب بالهزل
كذا في التبيين وفي النهر لو اختلفا في المواضعة فالمهر مهر العلانية في الوجهين

ثم ذكر

ثم ذكر دليل ابي يوسف بقوله لان النكاح لا يحتمل الفسخ فلا يعتبر العقد الثاني لانه ليس بعقد حقيقة
ثم ذكر دليل ابي ح ومحمد بقوله ولهما ان العقد الثاني وان لم يعتبر استيفاء فالمقصود
في زيادة المهر وهي صحيحة فتعتبر الزيادة من تلك الجهة انتهى ما ذكره ابن الملك
يقول الفقير مقتضى ما ذكره ان يكون العقد في صورة المسئلة متعددا في السر ومرة في العلانية
والمفهوم مما ذكره المص ان يكون العقد واحدا حيث قال وان اتفقا على قدر في السر ولا
ثم اعلنا غيره عند العقد آه وهذا ينادي باعلى صوت على انه لا يوجد العقد في السر بل اتفقا
في المهر خفية ويستقر رأيهما على قدر ثم لا يظهراه واعلنا غيره عند العقد ولو كان مراده كذلك
تصوير ابن الملك لقال وان عقدا على قدر في السر ثم عقدا على غيره علنا ولو حمل قوله عند العقد
على العقد الثاني الواقع بين الناس يكون ابرد من نخ وابعد مما يتبادر المتبادر من نخ
تدبر قال صاحب التسهيل في تصوير هذه المسئلة ولو تزوج بحضرة شاهدين على الف
سرا ثم تزوجها علانية على الفين فان كان اشهد على ان ذلك للسمعة لزمه مهر السر
وان لم يشهد يلزم ابو يوسف بمهر السر وهو الالف اذ ملكها بالف فلا يتصور تملكه
بملك اخر وجها بالعلانية لامتناع العقد لا الزيادة فهذا عين ما صوره ابن الملك
ثم قال صاحب التسهيل اقول يشكل قول محمد بما في فصل البيع الفاسد من انهما لو اتفقا
على الف سرا والفين جهرا فعقد بهما علانية فالثمن الفان عند ابي ح والف عند محمد
فاتفق محمد مع ابي يوسف ثمة حتى جعل الثمن الفا وهنا مع ابي ح حتى جعل المهر ما هو بالعلانية
والحاصل انه اعتبر العلانية هنا والسر ثمة وبينهما منافاة فلا بد من الفرق انتهى
ولا يجب شيء بلا وطئ في عقد فاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت
ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وان خلا لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده
وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكين لحرمته
فلا تقام مقام الوطئ فان وطئ وجب مهر المثل لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر فان
يجب مهر المثل بالغا ما بلغ هو يعتبره بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب
بالغة ما بلغت اذا هلك المبيع بعد القبض وان زادت على الثمن فكذلك يلزمه مهر المثل
اذا فرق القاضي بينهما وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا عرض
الفساد يرجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى اي منافع البضع بهذا العقد هو
ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة لفساد
فبطلت فان زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية في حق الزيادة لان
التسمية في النكاح الفاسد كانت معدومة في النكاح حكما فصرنا الى ما هو قيمتها في النكاح هنا
بدون التسمية وهو عند المنفعة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه
قال صاحب الهداية وان نقصت لم يجب الزيادة على المسمى لانعدام تسمية الزيادة انتهى
وقال صاحب العناية فان قلت وهل هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا
زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان
كانت صحيحة يجب شمول الوجوب قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال
متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا
زادت وصحتها اذا انقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح انتهى
وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن الاشتباه في النسب
وابتداؤها اي ابتداء العدة من حين التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها
تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول ورفعها بالتفريق فيكون
ابتداء العدة منه قال صاحب العناية وقول صاحب الهداية التفريق في موضعه يشير الى
انه لا بد من تفريق والحال انه ليس بفسخ النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل
واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ

قوله ابرد من نخ يستعمل في امر عجيب كما قال القائل
شيئان عجيبان هما ابرد من نخ
شيخ يتصبى وصبي يتشيخ

الطلاق البائن احتراز عن الموت فانه يجوز نكاح الاخت من ساعة موت اختها واما الرجعي فهو كالنكاح فلا يجوز اصلا فيعلم بالطريق الاولى

الوطئ

النكاح

العقد

وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من
كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ دون محضر من صاحبه قبل القبض وليس
ذلك بعد القبض فاما ان يكون لفظ التفريق بمعنى الرفع والا فيكل واحد منهما واما ان يكون
وضع المسئلة فيما اذا رفعا حكمهما الى الحاكم كلم انتهى ويثبت فيه اي في النكاح الفاسد
النسب لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه
وتعتبر مدته اي مدة النسب من حين الدخول عند محمد وبه يفتى وقالا ابو حنيفة وابو يوسف من وقت النكاح
كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد لان النكاح الفاسد
ليس بداع الى الدخول واقامة النكاح مقام الوطي باعتبار ان النكاح داع الى الوطي
والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه فهما يقولان ان كان من وقت النكاح
الى وقت الوضع ستة اشهر يثبت النسب وان كان اقل لا ومهر مثلها يعتبر بقوم
ابيها لان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر الى قيمة جنسه
ولقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب لانه اضاف اليها
وانما تضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ان تساويا سنا وجمالا
وقال بعضهم لا يعتبر الجمال في اهل بيت الشرف والحسب وانما يعتبر ذلك في اوساط
الناس اذ الرغبة فيهن بالجمال بخلاف بنات الشرف ومالا وعقلا ودينا وبلدا
وعصرا وبكارة او ثيابة لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وحاصله
ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى النظير في صفته والمراد
بالسن سن وقت التزوج كذا في العناية فان لم يوجد منهم اي من قوم الاب من كانت مثلها
في هذه الاوصاف فمن الاجانب اي يعتبر مهر مثلها من الاجانب في قبيلة هي مثل قبيلة ابيها
وعن ابي حنيفة انه لا يعتبر بالاجنبيات كذا في الزيلعي وزاد الزيلعي ايضا فيما به المماثلة
العلم والادب والخلق الكامل والغنا وحسن سدده فان لم يوجد جميع ذلك الاوصاف
فما يوجد منه لانه يتعسر اجتماع هذه الاوصاف في امرأتين فيعتبر بالموجود منهما
ولا يعتبر بامها وخالتها وقال ابن ابي ليلى يعتبر بابيها وقوم امها كالخالات ونحوها
لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ان لم يكونا من قوم ابيها
فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت العم فح يعتبر مهرها لانها من قوم ابيها
وصح ضمان وليها مهرها يعني اذا زوج الولي ابنته مثلا وضمن لها المهر عن الزوج
صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان
المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه قال صاحب البيانية هذا اذا كان الضمان
في صحة الاب فان كان في مرضه ومات منه فضمانه المهر بط لان تصرف المريض فيما
يكون فيه نفع لوارثه لا يصح ثم قال وهذا ضمان نقع الصغيرة وضمن لها المهر عن الزوج
اما اذا زوج ابنه في حال صحته وضمن عنه المهر لزوجته يصح اذا قبلت المرأة ذلك
فاذا ادى الاب بعد ذلك لم يرجع على الابن استحسانا وفي القياس يرجع لان غير الاب
لو ضمن باذن الاب وادى يرجع في مال الصغير فكذا الاب وجه الاستحسان ان الاباء
يتحملون المهر عن ابنائهم عادة ولا يطمعون الرجوع والثابت بالعرف كالثابت با
الا اذا شرط الرجوع في اصل الضمان فح يرجع لان الصريح يفوق دلالة العرف وكذا
الوصي اذا ادى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع لان التبرع من الوصي لا يوجد عادة هذا
اذا ادى الاب بعد الضمان اما اذا مات قبل الاداء فللمرأة الخيار ان شاءت اخذت المهر من
وان شاءت استوفت ذلك من تركة الميت لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت
وتطالب من شاءت منه ومن الزوج يعني ان شاءت طلبت من الزوج وان شاءت
طلبت من الولي اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي على الزوج اذا ادى ان ضمن بامره والا
اي وان لم يضمن بامره فلا يرجع على الزوج كما هو الرسم في الكفالات

ولها

وللمرأة منع نفسها من الوطي والسفر بها حتى يوفيها قدر ما بين تعجيله من مهرها كله او بعضا
لتعين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حق الزوج في المبدل وهو البضع فصار كالبيع
في ان البائع له ان يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن وكذا للمرأة منع نفسها من الوطي والسفر
حتى يوفيها مهرها كلا ان كان كله معجلا او بعضا ان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا
ولها السفر والخروج من المنزل ايضا ما لم يوفها كذلك لان حق الحبس لاستيفاء حقها
وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولها النفقة لو منعت كذلك اي لعدم ايفاء
الزوج المهر المعجل لان علة المنع اذا كانت ذلك لا تكون في معنى الناشزة فيكون لها النفقة
وهذا اي منع نفسها حتى تأخذ المهر وكونها قادرة على السفر والخروج من المنزل ما لم يوفها
قبل الدخول وكذا بعده اي بعد الدخول لا فرق بينهما عند الامام خلافا لهما
فيما لو كان الدخول برضاها غير صبية ولا مجنونة حتى لو كانت مكرهة او صبية او مجنونة
لا يسقط حقها في الحبس اتفاقا واما لو دخل بها طائعة غير صبية ولا مجنونة لا يسقط
حقها في الحبس ايضا عند الامام ويسقط عندهما وعلى هذا الخلاف الخلوة برضاها
لان المعقود عليه وهو البضع قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا
يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها اي المرأة
المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانها منعت منه ما قابل البدل
لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وهذا بطريق
المناقضة ويمكن تقريره بطريق المعارضة وهو انها منعت منه ما قابل البدل لان كل
وطئة تصرف في البضع المحترم والتصرف فيه لا يخلو عن البدل ابانة لخطره
والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم وهو الوطئة الواحدة
الموجودة ثم اذا وجدت اخرى وصارت معلومة تحققت المزاحمة ثم صار المهر
مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها
وان لم يبين قدر المعجل فقدر ما يعجل من مثله عرفا اي للمرأة منع نفسها حتى يوفيها قدر ما
يعجل من مثله عرفا ان لم يبين قدر المعجل قال صاحب العناية فان قلت فان سكتوا
ساكتين عن التعجيل والتأجيل ماذا يكون حكم قلت يجب حالا فيكون حكم ما شرط
تعجيله انتهى يقول الفقير ما ذكره مخالف لما ذكره المص وصاحب الوقاية قال المولى الفاضل
وذكر في العناية والواقعات تزوجها على مهر فارادت منع نفسها حتى تأخذ المهر كله ليس لها
في عرفنا لان البعض مؤجل والبعض معجل في عرفنا والمعروف كالمشروط فتنظر كم يكون
المعجل لمثل هذه المرأة وكم يكون المؤجل منه فيقضي بالعرف الا ان يشترط تعجيل الكل في
العقد وهكذا في فتاوى قاضيخان وغيره وفي الاسبيجابي ان كان المهر معجلا او مسكوتا
عنه فانه يجب حالا لان النكاح عقد معاوضة وقد تعين حقه في الزوجة فوجب ان
يتعين حقها وذلك بالتسليم فظهر ان ما ذكره صاحب العناية موافق لما ذكره الاسبيجابي
ومخالف لسائر الكتب غير مقيد بمبيع ونحوه وليس لها ذلك اي منع نفسها لو اجل كله
لاسقاط حقها بالتأجيل كما في البيع قال صاحب البيانية فان كان مؤجلا الى اجل معلوم
فليس لها ان تمنع نفسها عند ابي ح ومحمد وكذا اذا كان مجهولا جهالة متفاوتة كالحصاد
والدياس ونحو ذلك خلافا لابي يوسف قال صاحب النهاية وجعل الفتوى على
قول ابي يوسف في فتاوى الولوالجي قال صاحب التسهيل ولو كان كل المهر مؤجلا يجيز ابو
يوسف الامتناع ليتحقق ابتغاء بالمال فاذا اوفاها ذلك فله اي فللزوج نقلها حيث
شاء دون السفر لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم اي بقدر وسعكم
وقيل له السفر بها في ظاهر الرواية والفتوى على الاول لكن قال صاحب النهاية وذكر في
التجنيس ان الفتوى على الثاني وقال الفقيه ابو الليث واختاره ابو القاسم الصفار
ومن بعده انه لا يخرج بها من بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى

قال ظهير الدين المرغيناني والاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث
حيث قال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ورد بان دليل الفقيه هو
قوله تعالى ولا تضاروهن قال صاحب الهداية وكذا في المصر القرية لا يتحقق الغربة
قال صاحب العناية سئل ابو القاسم الصفار عن نقل جهازها من المدينة الى القرية ومن
القرية الى المدينة فقال ذلك تبوئة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس
بتبوئة قال الطرسوسي في انفع الوسائل بعد ما نقل اقوال الائمة فيه والذي ينبغي
ان ينظر الى وطن المراة التي فيه عشيرتها وقومها فان كان تزوجها فيه بين اهلها
ثم طلب بعد ذلك ان ينقلها الى بلد اخر لا يجاب الى ذلك ويحكم لها بالمنع وان كان
في مصر ليس فيه عشيرتها وقومها وقد تزوجها فيه واهلها في مصر اخر ينبغي ان
لا يحكم لها بالمنع فينبغي للحاكم ان يستكشف عن حقيقة الحال انتهى يقول
الفقير قول الطرسوسي احسن واسلم وانا افتيت بذلك مرارا وان اختلفا
في قدر المهر فالقول لها مع يمينها ان كان مهر مثلها كما قالت او اكثر اعلم
ان الاختلاف في المهر لا يخلو اما ان يكون في حال الحياة او بعدها وحال الحياة لا يخلو اما ان يكون
بعد الطلاق او قبله وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون الاختلاف في اصل المسمى او في
او في مقدار المسمى فان كان الاختلاف في حال الحياة قبل الطلاق في مقدار
المسمى يجعل مهر المثل حكما ان كان كما قالت او اكثر فالقول لها والقول له مع يمينه ان كان
مهر مثلها كما قال الزوج او اقل منه وان كان مهر المثل بينهما اي بين ما قال الزوج والمراة
تحالفا وايهما نكل لزم ما قال الاخر وان حلفا لزم مهر المثل والحاصل ان الزوج حال قيام
النكاح ادعى الالف والمراة الالفين فان كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول قولها
وان كان مهر المثل الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفا وخمسمائة تحالفا فاذا حلفا
يجب الف وخمسمائة وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلاثة
ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك واختاره [illegible] تخريج الرازي وفي الطلاق قبل الدخول القول لها
ان كانت متعة المثل كنصف ما قالت الزوجة او اكثر والقول له ان كانت
متعة المثل كنصف ما قال الزوج او اقل يعني ان طلق قبل الدخول ثم اختلفا فادعى
الزوج خمسين والمراة مائة مثلا يجعل متعة المثل حكما عند ابي حنيفة ومحمد في رواية الجامع
الكبير واختارها المص فان كانت متعة المثل كنصف ما قالت يعني خمسين او اكثر
فالقول لها بيمينها وان كانت كنصف ما قال يعني خمسا وعشرين او اقل فالقول له بيمينه
لان المتعة موجب العقد بعد الطلاق كمهر المثل فيحكم هي كهو وان كانت متعة
المثل بينهما اي بين نصف ما قالت ونصف ما قال يعني كانت اربعين مثلا تحالفا
وايهما نكل لزمه ما قال الاخر قالوا ويبتدأ في التحالف بالقرعة لانه لا رجحان لاحدهما على الاخر
وقال القدوري يبتدأ بيمين الزوج كذا في البناية وان حلفا لزمت المتعة وفي
رواية الجامع الصغير والاصل لا يحكم المتعة بل يكون القول قول الزوج في نصف المهر
عند ابي حنيفة ومحمد ايضا وقال صاحب الهداية ووجه التوفيق بين رواية الجامع الكبير
بين رواية الجامع الصغير والاصل ان محمدا وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين
والمتعة لا تبلغ نصف هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير
في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير
ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل انتهى يقول الفقير ينبغي وضع
المسئلة في الجامع الكبير بحسب التامل فيه وعند ابي يوسف القول له اي للزوج
قبل الدخول وبعده يقول الفقير قال صاحب الهداية وقال ابو يوسف القول قول الزوج
وقال فخر الدين قاضيخان قال ابو يوسف القول قول الزوج في الوجوه كلها والمص قال قبل الدخول وبعده ولعل
ان مراده القول له في الطلاق قبل الدخول وبعده فيكون مخالفا لما كل المخالفة

اللهم الا ان يقال مراده القول له قبل الدخول وبعده قيام النكاح او لا ثم يكون قول المص مشتملا
على اربع صور الاولى اختلافهما قبل الدخول في قيام النكاح والثانية اختلافهما بعد الدخول
حال قيام النكاح ايضا والثالثة اختلافهما قبل الدخول بعد زوال النكاح والرابعة اختلافهما
بعد الدخول بعد زوال النكاح ايضا فعند ابي يوسف القول قول الزوج في هذه الصور الاربع
جميعا موافقا لما في قاضيخان وعند ابي حنيفة ومحمد يحكم مهر المثل في الاولى والثانية والرابعة
ويحكم متعة المثل في الثالثة على رواية الجامع الكبير ويعتبر قول الزوج في نصف المهر
على رواية الجامع الصغير والاصل هذا ما تيسر للفقير بعون الله القدير والحمد لله ملهم الصواب
واليه المرجع والمآب لابي يوسف ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول
قول المنكر مع يمينه ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر ان
يشهد لمهر المثل لانه الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا
اختلفا في مقدار الاجرة يحكم قيمة الصبغ كذا في الهداية الا ان يكون مهرا لا يتعارف مهرا لها
يعني الا ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المراة على ذلك عادة وذكر هنا الا
ابو يوسف في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة حيث قال القول قول المشتري
الا ان يذكر شيئا قليلا يعلم انه لا يشتري مثل هذه السلعة بمثل هذا الثمن عادة وانهما ان
اقاما برهانا في جميع هذه الوجوه وان برهنا فبينته اي بينة الزوج اولى حيث يكون القول لها وبينتها
لان البينات شرعت للاثبات خلاف الظاهر واليمين للابقاء الاصل والاصل في النكاح كونه بمهر المثل
فما زاد عليه خلاف فبينته اولى يقول الفقير فيه صورتان وهو ان يكون مهر المثل بينهما ومتعة المثل
بينهما ففي الاولى ان لم يكن لهما بينة تحالفا ولزم مهر المثل وفي الثانية تحالفا ولزمت المتعة
كما ذكروا ايهما اقام بينة قبلت بينته وان اقاما كيف يكون الحال قلت المفهوم من كلام
صاحب العناية انهما ان اقاما يقضى بما بينهما في الصورتين حيث قال وان اقاما يقضى
بالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ثم قال
ونص محمد في هذا الفصل ان بينة المراة اولى لانها تثبت الزيادة وذكر الامام المحبوبي
بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه ابينهما انكارا
وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات
انتهى وان اختلفا في اصله اي في اصل المهر وجب مهر المثل بالاجماع المركب لانه هو الاصل عندهما
واما عند ابي يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف
فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا كذا في العناية ومعنى الاجماع المركب الاتفاق
في الحكم مع الاختلاف في الماخذ كما بين في الاصول وقال صاحب الدرر وان اختلفا
في اصله وجب مهر المثل يعني لو قال احد الزوجين لم يسم مهر وقال الاخر قد سمي فان اقام
البينة قبلت والا يستحلف المنكر فان نكل ثبت دعوى التسمية وان حلف يجب
مهر المثل انتهى وموت احدهما كحياتهما في الوجوه كلها لان اعتبار مهر المثل لا يسقط
بموت احدهما وفي موتهما ان اختلف الورثة في قدره اي قدر المهر فالقول لورثة الزوج
عند الامام في الوجوه كلها لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما وفي موتهما ان
اختلف الورثة في قدره اي قدر المهر فالقول لورثة الزوج ولا يستثني القليل
بل يصدق ورثة الزوج وان ادعوا شيئا قليلا خلافا لابي يوسف فانه يستثنيه كما
فيما تقدم والحاصل ان ابا حنيفة قال القول لورثة الزوج مطلقا وقال ابو يوسف القول
لورثة الزوج ان لم يدعوا شيئا قليلا وعند محمد الجواب في موتهما كالجواب في حالة
كالجواب في حالة الحياة في الوجوه كلها وان اختلفوا اي اختلف ورثة الزوج مع ورثة
المراة بعد موتهما في اصله اي المسمى ولم يسم يجب بمهر المثل عندهما وبه يفتي وعند
الامام القول للمنكر التسمية ولا يجب شيء لان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر
مهر المثل قال المولى سعدي افندي لا يجوز ان يبرهن ذلك بالتصادق او بالبينة

ووجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته فلا يسقط بالموت كما اذا سمّى احدهما قال المولى الفاضل سعدي افندي قبل الاولى اشارة الى انه انما لا يقضى بمهر المثل عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وفيه طريق اخر وهو ان مهر المثل قيمة البضع فيشبه الاسم ويشبه غير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط اصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما وبموت احدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا للشبه الاول ولا يسقط بموت احدهما اعمالا للشبه الثاني توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي ان لا يتضح وان كان العهد قريبا قال ابن الهمام وما قبله اوجه انتهى ما قال سعدي افندي وان بعث الزوج اليها شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج مهر فالقول له اي للزوج لانه هو المملك فيكون اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر شاهد له انه يسعى في اسقاط الواجب في غير ما هيئ للاكل لانه يتعارف هدية واما في الحنطة والشعير فالقول قوله وقيل ما يجب عليه من الدرع والخمار وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه وان نكح ذمي ذمية او حربي حربية ثمة اي في دار الحرب على ميتة او بلا مهر وذلك جائز في دينهم فلا شيء لها وان اسلما خلافا لهما سواء وطئت او طلقت قبله اي قبل الوطء او مات احدهما قبلهما وبعده يقول الفقير يوهم كلامه بل يوجب خلاف الامامين في الكل وليس كذلك فان قولهما في الحربيين مثل قوله انما خلافهما في الذميين فقط الا ترى ان صاحب الهداية قال واذا تزوج نصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام فلا يكون الحكم عليهم لا بالالتزام ولا الالزام الا بالولاية وقد انقطع الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربا فانهم يمنعون عنهما ويقام عليهم الحدود ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا لكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصوم والصلاة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية بخلاف الزنا فانه حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه والربا مستثنى من عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينهم عهد قال صاحب العناية الا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ انتهى وكذا صاحب الكنز قال ولو نكح ذمي ذمية بميتة او بغير مهر وذا جائز عندهم فوطئت او طلقت قبله او مات لا مهر لها وكذا الحربيان وقال شراحه بعد قوله لا مهر لها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مهر مثلها في الموت والوطء والمتعة في الطلاق قبله ثم قالوا بعد قوله وكذا الحربيان اي لو نكح حربي حربية كذلك فالحكم كذا باتفاق علمائنا الثلاثة خلافا لزفر انتهى اذا عرفت هذا فاعلم ان في تحرير المصنف في بيان المذهب خللا وان صرف قوله خلافا لهما الى الذميين فقط يكون عيا في الكلام يتنبه بلام تنزه عنه الملك العلام وقوله بلا مهر يحتمل نفي المهر والسكوت عنه وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف كذا في الهداية

وان نكحها

وان نكحها بخمر او خنزير بعينه ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض فلها ذلك قوله معينة صفة لخمر وخنزير غير مختص بالخنزير وقوله فلها ذلك اي الخمر والخنزير عند ابي حنيفة رحمه الله لان المرأة ملكتهما وقت العقد والاسلام لا يمنع قبضهما كما لو اسلمت ولها في يد غيرها خمر او خنزير فلها ان تقبضها لتخليل الخمر واطلاق الخنزير وان كان غير عين فقيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير عند ابي حنيفة رحمه الله ايضا اما لزوم القيمة في الخمر فلان ملك غير العين انما يحصل بالقبض لان الدين يقضى بمثله والاسلام ينافيه فيجب قيمة الخمر لكون تسميتها صحيحا وقت العقد واخذ قيمتها ليس كاخذ عينها لانها من ذوات الامثال واما لزوم مهر المثل في الخنزير لانه من ذوات القيم فاخذ قيمته كاخذ عينه وعند ابي يوسف مهر المثل في الوجهين اي في العين وغير العين لان للقبض حكم الابتداء ولو كان ابتداء العقد عليهما عينا كان او دينا وجب مهر المثل فكذا هنا وعند محمد القيمة فيهما اي في العين وغير العين لان التسمية وقت العقد كانت صحيحة لكون المسمى مالا عندهم فلما عجز عن تسليمه بالاسلام يلزم تسليم قيمته كما لو تزوج امرأة على عبد غيره او على عبده فهلك قبل القبض وفي الطلاق قبل الدخول تجب المتعة عند من اوجب مهر المثل ونصف القيمة عند من اوجبها قال شارح الكنز ولو طلقها قبل الدخول ففي المعين لها نصف المعين عند ابي حنيفة رحمه الله وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال وعند ابي يوسف لها المتعة بكل حال

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير توقف شرع في بيان من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع وانما اخر هذا الباب عن مسائل النصراني والنصرانية لما ان الرقيق لا ينفذ نكاحه اصلا الا اذا اذن له مولاه بخلاف اهل الكتاب وقدم هذا الباب على باب نكاح اهل الشرك لان الرق يتحقق في المسلم بقاء وان لم يتحقق ابتداء والرقيق المسلم خير من المشرك نكاح العبد والامة والمدبر والمكاتب وام الولد بلا اذن السيد موقوف اما نكاح العبد فلقوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر وفيه خلاف مالك لانه يملك الطلاق فيملك النكاح واما الامة فقط لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما المكاتب فلان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حكم النكاح على حكم الرق وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم فان اجاز نفذ وان رد بطل وقوله طلقها رجعية اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة لا طلقها او فارقها لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف يصار الى المجاز اجيب بان الحقيقة تترك بدلالة الحال وهنا كذلك وهي عدم الالتفات الى ابى المولى فان نكحوا باذنه اي باذن المولى فالمهر عليهم يباع العبد فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه وهو التزوج من اهله وهو العاقل البالغ وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن اصحاب الديون ويسعى المدبر والمكاتب ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما واذنه اي اذن المولى لعبده بالنكاح يشمل جائزه وفاسده فيباع في المهر لو نكح فاسدا فوطئ يعني لو قال لعبده تزوج امرأة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا اعتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الجائز والفاسد عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه

ويتم الاذن بهذا النكاح الفاسد حتى لو نكح بعده نكاحا جائزا توقف على الاجازة يعني اذا تزوج
امرأة نكاحا فاسدا بعد ما قال المولى تزوج ودخل بها ينتهي الاذن عنده لا عندهما حتى لو
نكح ثانيا او نكح اخرى بعده صحيحا صح عندهما ولم يصح عنده بل يوقف على الاذن وهذا ايضا
تفريع على تناول اذنه بالنكاح الجائز والفاسد عنده وعدم تناوله عندهما وان زوج عبده
المأذون المديون صح النكاح لانه يبتنى على ملك الرقبة وهو باق لا يزول بالدين فيجعل
تحصينا له عن الزنا الذي هو سبب للهلاك والنقصان وهي اي المرأة اسوة الغرماء في مهر
مثلها فيباع في الكل فيقسم بينهم وبينها على قدر الحقوق فان قلت المهر يتعلق بمالية
الرقبة وفيه اضرار بالغرماء فوجب ان لا يصح قلت لا نسلم ان المهر يتعلق بالمالية لان النكاح
لا تعلق له بالمالية ولهذا يصح نكاح الحر ولا مالية في رقبته والاخ والعم يزوجان الصغير
وليس لهما ولاية التصرف في المال وحق الغرماء يتعلق بالمالية فلم يلاق موجب المهر
حقهم ولئن سلمنا ان المهر يتعلق بمالية الرقبة لكن لما صح النكاح وجب المهر حكما له
فلاقى وجوبه حقهم ضمنا لا قصدا فظهر في حقهم وذلك لان موجب المهر بولاية الشرع
حيث جعل وجوبه من ضرورات صحة النكاح وللشرع ولاية عامة شاملة لجميع الناس
كذا في البناية وانما قال في مهر مثلها لانه لو زوجها باكثر من مهر مثلها فالزائد يطالب
بعد استيفاء الغرماء الدين كدين الصحة مع دين المرض ومن زوج امته اي الحرة
لا يلزمه تبوئتها ويطأ الزوج متى ظفر لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة
ابطال له ولا نفقة عليه اي على الزوج الا بالتبوئة لان النفقة تقابل الاحتباس
ومعنى التبوئة ان يخلي بينها اي بين الامة وبين الزوج في منزله اي في منزل الزوج
وقال المولى الفاضل ابن الكمال التبوئة ان يخلي بينها وبينه ولا يستخدمها
كذا فسرها الخصاف في شرح كتاب النفقات ولم يعتبر فيه كون التخلية في منزله انتهى
ولا يستخدمها وان بوأها ثم رجع صح لان حقه باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة
كما لا يسقط بالنكاح وسقطت النفقة بالرجوع لما مر انه جزاء الاحتباس فاذا زال
سقطت وان خدمته بلا استخدام لا تسقط نفقتها اي لو خدمت المولى بعد التبوئة
بلا استخدام لا تسقط نفقتها عن الزوج وان زوج امته ثم قتلها قبل الدخول سقط المهر
عند ابي حنيفة وقالا لا يسقط اعتبارا بموتها حتف انفها فان المقتول ميت باجله عند اهل
السنة ولابي حنيفة ان المولى اتلف المعقود عليه قبل تسليمه بفعله الى الزوج فلا تجب عليه شيء
ليأخذه المولى والقتل جعل اتلافا في حق احكام الدنيا حتى وجب القصاص والدية
والحرمان من الارث قال صاحب الدرر بعد ما نقل كلام صدر الشريعة في علة سقوط المهر
لانه يجعل بالقتل اخذ المهر فيجزى بالحرمان اقول فيه بحث لان علة سقوط المهر لو كان حرمان
المولى من الارث لكونه قاتلا للزم ان لا يأخذ المهر اذا قتلها بعد الدخول وقد قال بعد هذا
وانما قال قبل الوطء لان بعد الوطء المهر واجب في الصورتين انتهى يقول الفقير ان اراد بالحرمان
من قوله من الارث معناه الحقيقي يكون حشوا مفسدا ولا يقول صدر الشريعة علة حرمانه
من الارث لكونه قاتلا لانها لم تمت لا تصير مالكة ليجيء حتى يكون ارثا لمولاها وبالقتل
يكون محروما من الارث بل يجيء ويملكه مولاها بل قال صدر الشريعة فيجزى بالحرمان
وليس مراده الحرمان من الارث بل مراده الحرمان من اخذ المهر من الزوج وذلك الاخذ ليس بطريق
الارث وهو الظاهر انه لا يلزم على صدر الشريعة ما قال صاحب الدرر اصلا لان المراد
صدر الشريعة بقوله يجعل بالقتل اخذ المهر يعني يجعل بدون تسليم بدل المهر وهذا المعنى
غير موجود بعد الوطء نعم لو صرح قولنا بدون تسليم بدل المهر لكان انسب لكنه اعتمد
على انفهام من قوله يجعل تدبر بخلاف ما لو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول خلافا لزفر هو يقول
انها فوتت المبدل قبل التسليم فيفوت البدل كقتل المولى امته ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة
في احكام الدنيا ولهذا اذا قتل نفسه يغسل ويصلى عليه بخلاف قتل المولى امته لانه معتبر في حق احكام الدنيا حتى يجب الكفارة عليه

والاذن في العزل

والاذن في العزل عن الامة لسيدها لان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا
فارقت الحرة وعنهما لها لان الوطء حقها حتى يثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها
فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها في
العزل على ثلاثة اقسام عزل عن امته المملوكة له ولا اذن فيه الى احد وعزل عن المرأة الحرة
والاذن في العزل اليها وهذان بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن فيها اختلاف
كما ذكرنا قال صاحب العناية في هذه المسألة دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود رضي الله
عنه فقال لا بأس به ولو ان الله تعالى اخذ الميثاق من نسمة فلو القيتها في صخرة تخلق منها وروي
ابو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله انتهى وقال صاحب النهاية
وفي كراهية الفتاوى ان خاف من الولد السوء لفسقه فله ان يعزل عنها وان كانت حرة لسوء الزمان
وكذا لو عالجت لاسقاط الولد لا تأثم ما لم يستبن شيء من خلقه فان ذلك لا يكون ولدا
وخلقه انما يستبين بعد مائة وعشرين يوما ثم انه اذا عزل بالاذن او بغيره فظهر بها حبل
هل يحل له نفي ذلك الولد قالوا هو على وجهين اما ان عاد الى مباشرتها بعد العزل او لم يعد
فان لم يعد حل له ذلك وان عاد فهو على وجهين ان بال قبل العود حل له النفي وان لم يبل
لا يحل لان بقية المني تصل الى رحمها فيعلق بذلك فلا يسع نفيه وهكذا روي عن علي رضي الله عنه
ومن هنا قال ابو حنيفة انه اغتسل الرجل قبل ان يبول بعد ما جامع امرأته ثم بال فخرج بقية
المني انه يجب عليه الغسل ثانيا انتهى ما ذكره صاحب النهاية وان تزوجت امة او مكاتبة
بالاذن ثم عتقت فلها الخيار في الفسخ حرا كان زوجها او عبدا اما الامة فلقوله عليه السلام
لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا
فينتظم الفصلين الحر والعبد والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا واستدل
على ذلك بما روي ان عائشة رضي الله عنها لما ارادت ان تعتق مملوكين بينهما سألت
النبي عليه السلام عن ذلك فامرها بالبداءة من الغلام قال الشافعي فما امره بذلك الا
ليثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة في الحر
وقال صاحب العناية ما رويناه مثبت وما رواه ناف والمثبت اولى من النافي
فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن قاسم عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها
ان بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروي باسناده
الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج بريرة كان عبدا قيل لآل ابي احمد وقيل الاخير
من بني مخزوم يسمى مغيثا فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد قلت
روى البخاري ومسلم وابو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه واحمد ان بريرة اعتقت
وزوجها حر واذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث
وهو التعليل بملك البضع مطلقا وانتظام الفصلين فكان الشافعي محجوجا به انتهى
واما المكاتبة فكذلك لها الخيار اذا اعتقت وقال زفر لا خيار لها لان ثبوت الخيار
في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود ههنا فان
المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها لما تقرر ان المولى لا يقدر اجبار المكاتبة
على النكاح لانها التحقت بالاحرار في التصرف فيشترط رضاها ولنا ان علة ثبوت
الخيار في الامة ازدياد الملك عليها بعد العتق وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها
قرآن وطلاقها ثنتان وبعد العتق يصير عدتها وطلاقها ثلاثا وان تزوجت بلا اذن
فعتقت نفذ النكاح اما نفوذ النكاح فلوجود المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول
من اهله لكونها من اهل العبارة وانتفاء المانع لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال
وكذا العبد يعني اذا نكح عبد بلا اذن مولاه نفذ نفذ النكاح ولا خيار لها
لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق
والمهر المسمى للسيد ان وطئت قبل العتق وان كان ازيد من مهر مثلها ولها ان وطئت بعده

يعني ان زوجت بلا اذنه على الف ومهر مثلها الف او انقص فدخل بها زوجها ثم اعتقها سيدها
فالالف للمولى لانه استوفى منفعة مملوكة له فوجب البدل له وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها
لانه استوفى منفعة مملوكة لها فوجب البدل لها ومن وطئ امة ابنه فولدت فادعاه ثبت
نسبه منه ولزمه قيمتها لا مهرها ولا قيمة ولدها وتصير الامة ام ولد له وجه هذه المسئلة
ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم
وغير ذلك فكل من له ولاية تملك مال الابن للحاجة الى بقائه فله ولاية تملك جاريته للحاجة
الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة
والطعام بغير قيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح للاستيلاد
اما حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد
من تقديمه لانه بعدها على الولد احتاج الاب الى صيانته عن الضياع وفي ذلك بثبوت النسب
ولا ثبوت له بدون ذلك فلا بد من تقديمه على الوطئ كيلا يقع فعله حراما واذا قدم كان الوطئ
واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر ولا قيمة ولدها لانه انعلق حرا لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد
والجد كالاب بعد موته لا قبله لان قيام الجد مقام الاب بعد موت الاب ولهذا لا يرث الجد مع وجوده
وان زوج امته اباه جاز وقال الشافعي لا يجوز لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جارية
ابنه عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى
اذا تزوج امة من كسب مكاتبه ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من
كل وجه بدليل حل الوطئ ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب
بوجه من الوجوه والا لما كان الابن يملكها من كل وجه وفي ذلك خلف باطل وعليه اي على الاب
مهرها لالتزامه بالنكاح لا قيمتها لعدم ملك الرقبة وان اتت الامة بولد من الاب لا تصير
ام ولد لان انتقالها الى ملك الاب لصيانة مائه وقد صار مصونا بدونه فلا حاجة اليه
وهو اي الولد حر بقرابته لان اخاه ملكه فعتق عليه ثم انهم اختلفوا فعند البعض يعتق قبل
الانفصال وعند البعض بعد الانفصال وثمرته تظهر في الارث حتى لو مات المولى قبل الولادة
يرث الولد على قول من قال يعتق قبل الانفصال لا على قول من قال بعده لان الرق مانع من الارث قال صاحب البناية
اقول الوجه هو الاول لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق فكما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث
حرة قالت لسيد زوجها اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح ولزمها الالف وقال زفر لا يفسد واصله انه
يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له وعنده الولاء لها وعند زفر يقع عن المأمور لانه طلب ان
يعتق المأمور عبده عنها وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور فلا
ولنا انه امكن تصحيح الطلب بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك
بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت يكون تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح
ويصح عن كفارتها لو نوت به الكفارة لكونها معتقة وان لم تقل بالف بان قالت اعتقه عني واقتصرت عليه لم
يفسد النكاح والولاء له اي للمعتق خلافا لابي يوسف هو يقول هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك
بغير عوض تصحيحا لتصرفه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل
حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وللمولى اجبار عبده او امته على النكاح
قال ابن ملك ليس معنى الاجبار ان يحملهما على النكاح بالسيف بل معناه ان ينفذ نكاح المولى عليهما بغير رضاهما
وقال الشافعي لا يجبران لانهما مملوكان له من حيث انهما مال لا من حيث انهما آدميان والنكاح من خواص
الآدمية فلا يملك الاجبار ولنا ان في انكاحهما اصلاح ملكه لئلا يقعا في الزنا فيتعيب فينقص مالية ملكه فيملك اجبارهما
للاصلاح ومنافع بضع الامة مملوكة له فله تمليكها الغير ولهذا صار مهرها لمولاها وفي الحقائق هذا
اذا كانا كبيرين واذا كانا صغيرين يجوز الاجبار عنه ايضا دون مكاتبه ومكاتبته فان اجبارهما
لا يجوز لانهما التحقا بالاحرار في التصرف فيشترط رضاهما ولهذا صار مهر المكاتبة لها كالحرة

باب نكاح الكافر

لما ذكر باب الرقيق ذكر من هو ادون واخس منهم رتبة وهم اهل الشرك واذا تزوج كافر بلا شهود
او في عدة كافر وذلك جائز في دينهم ثم اسلما اقرا عليه فقيد بعدة كافر لانه لو كانت في عدة مسلم
كان النكاح فاسدا بالاجماع وهذا عند ابي حنيفة خلافا لهما في العدة وقال زفر النكاح
فاسد لو كان بلا شهود او في عدة لان الخطابات عامة كقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود
ونحوه فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما في عبادة الوثن وعبادة الصنم اعراضا لا تقريرا
واذا ترافعوا الينا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا
تتبع اهواءهم ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود
مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى يجوزانه فلم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكنا
لا نتعرض لهم بمكان عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما
كما في نكاح المحارم واما اذا كان الاسلام او المرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما
بالاجماع ولابي حنيفة ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت
العدة اما ان يكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه
ولهذا لا نتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع اي وضع
المسئلة على هذا الغرض فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المنعقد وهو صدور
الركن من اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع
متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك
حالة البقاء والشهادة ليست مشروطة فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح
وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة يجب عليها العدة
صيانة لحق الواطئ ولا يبطل نكاح القائم ولو تزوج المجوسي محرمه ثم اسلما او احدهما
فرق بينهما وكذا لو ترافعا الينا اي عرضا امرهما الينا وهما على الكفر وبادا اما على الكفر
ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن ان اسلما او احدهما او ترافعا الينا فرق بينهما
لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عند الامامين لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة
فاذا اسلما وجب التعرض والتفريق وكذلك بالمرافعة الينا وعند الامام له حكم
الصحة فيما بينهم في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا
تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وفي مرافعة احدهما اختلاف ومن هنا قال
ولو رافعة احدهما لا يفرق عند الامام خلافا لهما فانهما يقولان يفرق برافعة احدهما لان
اسلام احدهما كاسلامهما في التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد
لحكم الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة فلان الآخر ما استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح
والاستحقاق لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه بخلاف الاسلام
فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا
معا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولو حكما رجلا في طلب انه
حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته والطفل مسلم ان كان
احد ابويه مسلما فان قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر ابتداء كان او بقاء
اجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد
فجاءت بولد او اسلم احدهما لان في جعله تبعا له نظرا له وكتابي ان كان الطفل بين كتابي
ومجوسي حتى يجوز للمسلم مناكحته ويحل ذبيحته لان فيه نوع نظر اذ المجوسية شر كذا في الهداية
قال صاحب البناية انما قال ان المجوسية شر من النصرانية واليهودية ولم يقل ان
النصرانية او اليهودية خير من المجوسية لانه لا خير في دين هؤلاء الطوائف ولكن في كل منهما شر
الخ وفي المجوسية اكثر فيكون شرا منهما والشافعي يخالفنا في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض لان جعله تبعا
للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض فيرجح
المحرم قلنا نرجح كونه تبعا للكتابي بما بينا ان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر

ولو اسلمت زوجة الكافر مطلقا اطلق لكن هنا يعم بقية نكاح المسلمة مع ابيه كافرا او زوج المجوسية
قيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق عرض الاسلام على الاخر وقال الشافعي
لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم فان اسلم فهي له والا اي وان لم
فرق بينهما فان ابى الزوج فالفرقة طلاق حتى ينتقص به عدد الطلاق خلافا لابي يوسف فانه يقول ان الفرقة
ليست بطلاق لان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب
يشترك فيه الزوجان لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الاخر والواقعة بالمحرمية ولهما
ان الاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة
اما المراة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها وعن هذا قال لا ان ابت هي فان اباها ليس بطلاق
بالاتفاق ولها المهر لو بعد الدخول لتاكده بالدخول والا فنصفه لو ابى الزوج لان التفريق هنا طلاق قبل الدخول
ولا شيء لو ابت لان غير الموطوءة فوتت المبدل قبل تاكد البدل فاشبه الردة والمطاوعة لابن زوجها يعني
انها اذا ارتدت او مكنت ابن الزوج العنين باشرها منها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتاكده بالدخول
وان كان قبله فلا مهر لها فكذلك فيما نحن فيه فلو كان ذلك اي اسلام زوجة الكافر او اسلام زوج المجوسية
في دار الحرب لا تبين حتى تحيض ثلاثا قبل اسلام الاخر لان الاسلام ليس سببا للفرقة دفعا للفساد فاقيم شرطها
وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر فان الاصل ان يضاف التلف الى وقوع البئر الى الثقل
هو العلة للسقوط والحفر شرط لان الارض كانت مانعة من عمل الثقل فبالحفر زال المانع فعمل الثقل عمله
فكذا هنا مست الحاجة الى الفرقة تخليصا للمسلمة عن ذل الكافر فاقمنا شرط البينونة في الطلاق مقام عرض
القاضي وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وان اسلم زوج الكتابية بقي نكاحها اذ يجوز للزوج
ابتداء فالبقاء اولى وتباين الدارين سبب للفرقة لا السبي فلو خرج احدهما الينا مسلما او خرج
احدهما الينا مسبيا بانت وان سبيا معا لا تبين وقال الشافعي تبين فالحاصل ان السبب هو
التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه لان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة
كالحربي المستامن والمسلم المستامن يعني اذا دخل الحربي دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اي المراد
بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته قد انقطعت
ولم تؤثر في الفرقة ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فاشبه المحرمية والسبي يوجب ملك
وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء يعني اذا اشتراها منكوحة للغير فانه
يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال
لا في محل النكاح وفي المستامن لم يتباين الدار حكما لقصده الرجوع ومن هاجرت الينا اي تركت ارض الحرب
الى ارض الاسلام بانت من زوجها ولا عدة عليها اذا لم تكن حاملا لانها اثر النكاح المتقدم وجبت
اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا يجب على المسبية العدة وان كانت حاملا لم تتزوج حتى
وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت
النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع احتياطا خلافا لهما فانهما يقولان عليها
العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام وارتداد احد الزوجين فسخ لا طلاق
غير موقوف على الحكم وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ارتداد الرجل طلاق هو يعتبره بالاباء والجامع
ما بيناه من انه امتنع عن الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على اصله في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه
والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة
ووجه الفرق بينهما مبين في العناية وللموطوءة تمام المهر سواء كانت الردة منها او منه لانه تاكد بالدخول فلا يحتمل
سقوطه ولغيرها نصفه ان ارتد الرجل لان الفرقة من جهته قبل الدخول توجب نصف المهر ولا شيء لها
ان ارتدت لان الفرقة من قبلها بمعصية توجب سقوطه وان ارتدا معا واسلما معا لا تبين
وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة
وهم جمع من العرب ارتدوا بمنع الزكاة فبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه الجيوش فاسلموا ولم يامرهم
بتجديد الانكحة والصحابة متوافرة فحمل ذلك على الاجماع يترتب عليه والارتداد منهم واقع معا لجهالة
التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وان اسلما متعاقبا بانت فان اسلم احدهما
اذا تقدم بقي الاخر على ردة فيتحقق الاختلاف ولا يصح تزوج المرتد والمرتدة احدا لاجماع الصحابة

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن
في باب على حدة لكن اعترض ما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى امر
الزوج وغيرها اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القسام بين الشركاء
فرق بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء يجب العدل فيه اي في القسم بيتوتة
لا وطئا لانه يبتني على النشاط فلا يمكن التسوية فيه كما في المحبة وانما يجب العدل
لانه قال عليه السلام من كانت له امرأتان ومال الى احداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه
مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسائه
وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة
والبكر والثيب والجديدة والقديمة والمسلمة والكتابية فيه اي في القسم
سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح فلا تفاوت بينهن في ذلك لكن
القديمة بعد ما سوى في القسم من الملبوس والماكول وغيرها اولى بالتفضيل والحرمة
لان الوحشة في جانبها اكثر حيث ادخل عليها من يغيظها ولان القديمة زادت حرمة
بالخدمة كما قيل لكل جديد لذة ولكل قديم حرمة كذا في الكافي
وللامة والمكاتبة والمدبرة وام الولد نصف الحرة بذلك ورد الاثر وهو ما روي
عن علي كرم الله وجهه انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث ولان حل
الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق وكذلك المكاتبة
والمدبرة وام الولد لان الرق فيهن قائم ولا قسم في السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن
والقرعة احب وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من
باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب
واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن وانما قال ولا قسم في السفر احترازا عن المرض
اذ لا يسقط حقهن في القسم في المرض لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت بعث
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى النساء في مرضه فاجتمعن عنده فقال اني لا استطيع ان
ادور بينكن فان رأيتن ان تأذن لي ان اكون عند عائشة فأذن له فلو كان القسم يسقط
بالمرض لم يستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم منهن كذا في البناية وان وهبت قسمها
لضرتها صح لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يراجعها ويجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها قال الفاضل سعدي افندي
اقول فيه بحث لان القسم لم يكن واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فلا يصح قياس الواجب
على غير الواجب لجواز ان يكون جعلها نوبتها لعائشة رضي الله عنها لعدم وجوب القسم
عليه انتهى يقول الفقير فعلى ما ذكره لا يصح ما نقلناه من البناية آنفا من انه عليه السلام
بعث في مرضه الى نسائه فاجتمعن عنده اه ويناقضه ما رويناه عن عائشة رضي الله عنها
من انه عليه السلام كان يعدل بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا
تؤاخذني فيما لا املك تدبر ولها ان ترجع بعدما وهبت لانها اسقطت حقا
لم يجب بعد فلا يسقط قال صاحب العناية وتوضيحه ان الاسقاط انما يكون
في القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنها امتناعا لا اسقاطا فكان
بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذلك هنا واذا جعلت المرأة
لزوجها جعلا على ان يزيد حظها في القسم يوما فقبل لم يجز وترجع في مالها وكذلك
لو حطت عنه شيئا من المهر على هذا الشرط وكذلك الزوج ان زادها في مهرها او جعل
لها جعلا على ان تجعل نوبتها لفلانة فهو باطل لانه رشوة وهي حرام كذا في البناية

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات وان يحتاج على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا يشاركه فيها غيره
ولسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالحرمة بالاعلاق في حرمة المصاهرة
وكما ان الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر وهو الوطي اقيم مقامه كذلك نشور العظام وانبات اللحم امر خفي
له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن
من الثدي وفي الشريعة هو مص الرضيع من ثدي الادمية في وقت مخصوص ويثبت حكمه بقليله
وكثيره عندنا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها
لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع
والاملاجة فعل المرضعة وهو الارضاع ووجه استدلاله به على مذهبه مبين في العناية هو ان الشافعي
ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
من غير فصل بين قليل وكثير والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف في الاصول
فيكون ما رواه مردودا بالكتاب او منسوخا به على ما قيل انه روي عند ابن عمر رضي الله عنهما
حديث لا تحرم المصة ولا المصتان الذي رواه ابن الزبير فرد عليه وقرأ لمخالفته الملاقي
قوله تعالى ارضعنكم وروي انه قيل لابن عباس رضي الله عنهما ان الناس يقولون
ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ فكان مردودا او منسوخا في مدة لا يعبد
وهي ان يبلغ حولان ونصف عند ابي حنيفة وعندهما وهو قول الشافعي حولان وقال زفر ثلثة احوال
لان الحول صالح للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لان الفطام بعد الحولين
لا يحصل في ساعة بل على سبيل التدريج فلا بد من مدة يتعود الصبي فيها الطعام و
ينسى اللبن وهي مقدرة بالحول لاشتماله على الفصول الاربعة فيكون الجملة ثلثة احوال
ولهما قوله عز وجل وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر
فبقي للفصال حولان وقوله عليه السلام لا رضاع بعد الحولين ولابي حنيفة هذه الآية ايضا
ووجه استدلاله بها انه تعالى ذكره شيئين وضرب لهما مدة فكانت تلك المدة لكل واحد منهما
بكمالها كالاجل المضروب للدينين كما اذا قال لفلان علي الف درهم وخمسة
اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد من الدينين بطريق الكمال
الا انه قام المنقص في حق الحمل وهو قول عائشة رضي الله عنها لا يبقى الولد في بطن امه
اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فبقي في الثاني وهو الفصال على ظاهره فكان مدة
الانفصال ثلثين شهرا ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة
مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء
الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم ومما روياه وهو قوله عليه السلام لا رضاع بعد الحولين
محمول على مدة الاستحقاق يعني يحمل على ان المراد منه نفي استحقاق الاجرة على الارضاع فانها
مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع
وتستحق في الحولين بالاجماع واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء
فطم او لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة حتى لو فطم صبي قبل
الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ارضعته امرأة قبل ان يمضي مدة الرضاع
تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن قال صاحب العناية وقال بعضهم يثبت الرضاع
الى خمس عشرة سنة وقال بعضهم الى اربعين سنة وقال بعضهم الى جميع العمر انتهى
فيحرم به اي بالرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا جدة ولده لان جدة ولده
نسبا من الرضاع ام موطوئته ولا كذلك من الرضاع واخت ولده لان اخت الولد من
النسب اما بنته او ربيبته قد وطئ امها ولا كذلك من الرضاع وعمة ولده
لان عمة ولده نسبا اخته ولا كذلك من الرضاع لاحتمال ان يكون امرأة اجنبية ارضعت اخاه او ام اخته فانها ام اخيه
النسب اما امه او موطوءة ابيه وكل منهما حرام ولا كذلك الرضاع

قال صدر الشريعة

قال صدر الشريعة وهي مسألة الثلاثة صور لام رضاعا للاخت او الاخ نسبا ولام نسبا
للاخت او الاخ رضاعا ولام رضاعا للاخت او الاخ رضاعا ثم اورد سؤال الاثم اجاب اطلبه منه
وام عمة او عمه فان ام عمة او عمه نسبا اما ام ابيه او موطوءة جده ولا كذلك من الرضاع
او ام خاله وخالته فان ام خاله او خالته نسبا اما ام امه او موطوءة جده الفاسد
ولا كذلك من الرضاع والصور الثلاثة التي ذكرها صدر الشريعة حاصلة من كل واحد من المذكورات
فعليك بتذكرها جميعا ولا اخا ابن المرأة لها اي لا يحرم اخا ابن المرأة لها انما كان من الرضاع
قال صدر الشريعة اعلم ان هنا مكررا لانه ذكر ام الاخ ولما كانت المرأة ام اخي رجل كان الرجل
ابن تلك المرأة انتهى يقول الفقير ليت شعري لم ذكرها المص مع ذكره ام الاخ اولا والظ
انه ما اراد قول صدر الشريعة اعلم ان هنا مكررا وقس عليه باقي الصور التي يمكن استثناؤها
وتحل اخت الاخ رضاعا ونسبا كالاخ من الاب له اخت من امه تحل هذه الاخت لاخيه الذي هو اخ
من ابيه هذا مثال لاخت الاخ نسبا فانه كان هذا حلالا كان حل اخت الاخ رضاعا اولى
ولا حل بين رضيعي ثدي وان اختلف زمانهما صورته صبيان ارتضعا من ثدي امرأة واحدة لم يجز
لاحدهما ان يتزوج بالاخرى وان اختلف زمان ارتضاعهما لان امهما واحدة فهما اخ واخت
قال صاحب العناية والمراد من الثدي ثدي المرأة حتى لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت
التحريم لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الادمية دون الانعام ولا حل
بين رضيع وولد مرضعته وان سفل لانه اخوها والسافل ولد اخيها من الرضاع ولا حل
بين رضيع وولد زوج لبنها ان لبن المرضعة منه فهو اب الرضيع وابنه اخ
وبنته اخت واخوه عم واخته عمة قال عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك
افلح فانه عمك من الرضاع وذلك لان عائشة رضي الله عنها ارضعتها امرأة ابي القعيس
وكان اسم اخي ابي القعيس افلح روي ان عائشة رضي الله عنها قالت يا رسول الله ان افلح
اخا ابي القعيس دخل علي وانا في ثياب فضل فقال عليه السلام ليلج عليك فانه عمك من الرضاع
فقالت انما ارضعتني المرأة لا الرجل فقال عمك من الرضاع ولا حرمة لو رضعا ابن الرضيع
من شاة لما ذكرنا آنفا انه بطريق الكرامة وذلك مختص بلبن الادمية دون الانعام قال
صاحب العناية وذكر في المبسوط ان هنا حكاية وهي ان محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الاخبار
كان يقول يثبت به حرمة الرضاع حتى دخل بخارى في زمان الشيخ ابي حفص الكبير
وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هناك فابى ان يقبل نصيحته حتى
من هذه المسألة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا عليه واخرجوه من بخارى او
رضعا من رجل لان لبنه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشور والنمو وهذا لان اللبن
انما يتصور ممن يتصور منه الولادة وبيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل غذاء الولد
لعدم احتماله سائر الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب
فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة اذا تاملت كذا في النهاية
قال صاحب العناية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة اذا تاملت
لكن اختصاصه بالاناث الولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا لا صموخا في غير الادمي
مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف اصلا وهو دليل على ان ما في الادمي من الذكور ليس بلبن
على التحقيق كدم السمك انتهى فان تسميته دما مع انه ليس بدم على التحقيق كتصوره
بصورة الدم كذلك تسميته لبنا لتصوره بصورة اللبن مع انه ليس بلبن على الحقيقة هو
قال ابن خلكان العرب تقول كل سكاء تبيض وكل شرفاء تلد السكاء التي لا اذن لها
والشرفاء التي لها اذن طويلة والضابط عندهم ان كل حيوان له اذن ظاهرة فانه يلد وكل
ليس له اذن ظاهرة فانه يبيض انتهى قال الفاضل سعدي افندي في دلالته ما ذكره صاحب العناية
على ان ما في الادمي من الذكور ليس بلبن على التحقيق بحث الا ان يراد الدلالة الظنية الضعيفة
ومثلها يوجب فيما نقل من النهاية انتهى يقول الفقير خطر بخاطر الحقير هو ان البحث الخطير
قبل المراجعة الى ما ذكره الفاضل المزبور فالحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا
ان هدانا الله

ولا حرمة في الاحتقان بلبن المرأة وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر
ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء واما المحرم في الرضاع معنى النشو
ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى ولبن البكر والميتة محرم
لاطلاق النص ولانه سبب النشو فيثبت به شبهة البعضية وفي لبن الميتة خلاف الشافعي
هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم يتعدى منها الى غيرها
بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها لعدم القابلية ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة
لانها الاصل في الحرمة ولم يبق محل بالموت حتى يتعدى الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة
الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه من كونه
مغذيا كما انه لم يخرج لحمه من ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة بينهما بل تظهر في الميتة
دفنا وتيمما بان كان لهذه المرضعة التي اوجرت لبن هذه الميتة في محلها زوج فانه لهذا الزوج
ان يدفن عند عدم اقاربها وييمم الميتة عند عدم الماء من غير ان يلف بيده خرقة لانه
صار محرما لها حيث صار بنتا لامرأته ثم انهم قالوا المراد من لبن الميتة ما حلب بعد الموت
فانه اذا حلبت قبل الموت ثم شرب الرضيع بعد الموت فانه يثبت الحرمة بالاتفاق
وكذا الاسعاط محرم لانه يصل الى المعدة فيحصل به النشو قال صاحب الاختيار امرأة
ادخلت حلمة ثديها في فم رضيع ولا تدري ادخل اللبن في حلقه ام لا يحرم وكذا صبية ارضعها
بعض اهل القرى ولا يدري من هي فتزوجها من اهل تلك القرية يجوز لان اباحة النكاح
اصل فلا يزول بالشك ويجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة فان فعلن
فليحفظنه او يكتبنه احتياطا انتهى واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم مطلقا عند الامام
خلافا لهما عند غلبة اللبن لان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله
ولابي حنيفة ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود وهو الغذاء فصار كالمغلوب
ولا اعتبار بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو
الاصل وقولنا هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة ان ذلك عنده اذا
لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة واما اذا كان يتقاطر منه فيثبت به الحرمة
عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة
لكن الاوضح انه لا يثبت عنده على كل حال قال صاحب الهداية فاما اذا طبخ مسته النار
حتى لو طبخ بالنار لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا ويعتبر الغالب لو خلط اللبن
بماء او دواء او لبن شاة اما الماء ففيه خلاف الشافعي فانه يقول اذا اختلط مقدار ما
يحصل به خمس رضعات من اللبن في جب من الماء فشرب الصبي يثبت به الحرمة لانه موجود
فيه حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما
حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين فانه لو حلف ان لا يشرب اللبن فشرب
لبنا مغلوبا بالماء لا يحنث وكما اذا حلف لا يأكل حنطة فاكل كف شعير فيه حبات حنطة
لا يحنث واما الدواء ولبن الشاة فانه يعتبر فيهما الغالب ايضا كما في الماء وكذا لو
خلط بلبن امرأة اخرى عند ابي يوسف لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر
في بناء الحكم عليه وعند محمد يتعلق الحرمة بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير
مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة في هذا روايتان في رواية لا يتعلق التحريم
باغلبهما وبه قال الشافعي وفي رواية يتعلق التحريم بهما وهو قول محمد وزفر وان ارضعت
ضرتها حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا والكل حرام
قال صاحب البداية ثم لا يجوز ان ينكح الكبيرة ابدا ويجوز ان يتزوج الصغيرة اذا لم يكن دخل بالكبيرة
لانها ربيبة لم تدخل بامها انتهى ولا مهر للكبيرة ان لم يطأها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها
وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها قبل الدخول فيرجع الزوج به اي
بنصف المهر الذي اعطاه للصغيرة على الكبيرة ان علمت بالنكاح وقصدت الفساد ولا يرجع ان
لم تعلم بالنكاح او قصدت دفع الجوع والهلاك ولم تقصد الفساد او لم تعلم انه اي ارضاع الصغيرة مفسد

فان قيل

فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل الجهل اي جهل المرأة بحكم النكاح
فاسدا عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها قيل وههنا اعتبار الجهل لدفع الفساد
لا لدفع الحكم يعني ان الحكم الشرعي هو وجوب الضمان بعد التعدي والتعدي انما يحصل
بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم
بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم
فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم
قلت ذلك ضمنا فلا اعتبار به والقول قولها فيه لانه شيء في باطنها لا يوقف عليه الا من جهتها فيجب
قبول قولها فيه مع يمينها وانما يثبت الرضاع بما يثبت به المال اي بشهادة رجلين
او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة
حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي
ولنا ان ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك
لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا
وقال الشافعي تقبل شهادة اربع من النساء لان الرضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك الرجال
لحرمة النظر اليه ومذهبه ان ما لا يطلع عليه الرجال يعتبر فيه شهادة اربع نسوة ليقوم كل اثنتين مقام
رجل قلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم لانه يحل لهم النظر الى ثديها وهو معتبر لو اتفقا
في ذلك مع انه قد يكون الرضاع بالوجور والسعوط ويطلع عليه الرجال ولو قال هذه اختي
من الرضاع ثم ادعى الخطأ صدق لانه اقر بما يجري فيه الغلط فكان معذورا فانه قد يقع
عند الرجل ان بينه وبين فلانة رضاعا فيخبر بذلك ثم يتفحص عن حقيقة الحال فيتبين له
غلط في ذلك فاذا اخبر انه غلط يقبل قوله وكذا اذا اقر ان هذه اخته او امه او بنته رضاعا
ثم اراد ان يتزوجها وقال اخطأت او وهمت او نسيت وصدقته فهما مصدقان عليه
وله ان يتزوجها ولو ثبت على قوله وقال هو حق كما قلت ثم تزوجها فرق بينهما كذا في الدرر

الغلط

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا اخره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع كما في العناية
قال المولى الفاضل سعدي افندي كان الانسب ان يبين وجه تاخيره عن الرضاع فانه سبب الحرمة
المؤبدة دون الطلاق فيقتضي الاشد لكنه نظر الى ان الارضاع من تتمات النكاح انتهى الطلاق
اسم بمعنى التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان
ومصدر من طلقت المرأة بالضم كالجمال من جمل وبالفتح كالفساد من فسد والتركيب يدل على
الحل والانحلال ومنه اطلقت الاسير اذا احللت اساره وخليته واطلقت الناقة من العقال
وناقة طالق لا قيد عليها فيكون معنى الطلاق لغة رفع القيد وفي الشريعة هو اي الطلاق
رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا
بالغا والمرأة في النكاح او في عدة التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل
واقسامه ما يذكره فقوله شرعا خرج به رفع قيد ثابت حسا كحل الوثاق وقوله بالنكاح خرج
العتاق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكن ذلك القيد لم يثبت بالنكاح ثم انه ذهب بعض
الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عليه السلام لعن الله
كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى ولا جناح عليكم
ان طلقتم النساء وقوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واقسامه
ثلاثة احسن وحسن وبدعي وعن هنا قال احسنه تطليقها واحدة في طهر لا جماع فيه
وتركها حتى تمضي عدتها لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحسنون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة
حتى تنقضي العدة فان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد
من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد النكاح من غير تحلل زوج
آخر واقل ضررا بالمرأة حيث لم يبطل محليتها بالنظر اليه الا انتفاع المحلية نعم في حقه فلا ينكحها الا بمحلل

وحسنه وهو سني قال الكمال يعني افندي اقول تخصيص هنا باسم طلاق السنة لا وجه له
اذ الاحسن ايضا طلاق السنة قال المولى الفاضل اخي چلبي وانما خص السنة بالحسن مع ان الاحسن سني ايضا
اشارة الى الخلاف مالك في سنية حيث ذهب الى كونه بدعيا وسنية الاحسن اتفاقية وقد علل
صاحب العناية احسنيته بكونه اتفاقيا حيث قال لم يقل احد بكراهة السني الاحسن بخلاف الحسن
فان فيه خلاف مالك انتهى ما ذكره اخي چلبي تطليقها ثلاثا في ثلاثة اطهار لا جماع فيها ان كانت مدخولا بها
وقال مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر والاباحة لحاجة الخلاص
وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي انه عليه السلام
قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امرأته وهي حائض ما هكذا امرك الله تعالى انما السنة
ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الاصل في الطلاق الحظر كما
قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق او الحاجة
بسبب العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها
وهو الطهر الخالي عن الجماع مقامه فكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة الى الطلاق
تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر
احترازا عن تطويل العدة عليها والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما جامعها ومن قصده
التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وحسنه لغيرها اي لغير المدخول بها طلقة ولو في الحيض
وهو سني من حيث العدد ومن حيث الوقت ايضا ولا يمنع كونه في الحيض كونه سنيا لان السني من حيث
الوقت وهو الطهر مختص في المدخول بها لا يضر كونه في الحيض وقال زفر يطلقها في غير الحيض قياسا على
المدخول بها لانه ايقاع في حالة النفرة عنها ولنا ان الاصل هو الميل الى المرأة لم ينل اليها
فتكون رغبة في جميع الازمنة فيكون طلاقها واقعا لحاجة ولو في الحيض بخلاف المدخول بها
لان الرغبة اليها يتجدد بالطهر والآيسة والصغيرة والحامل يطلقن للسنة عند كل شهر واحدة
لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن قال صاحب العناية قوله واللائي لم يحضن مبتدأ
خبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر وعند محمد لا تطلق الحامل للسنة
الا واحدة لان مدة حملها طهر واحد فلا يصلح للتوزيع كالطهر الممتد ولهما ان الحامل لا تحيض
في مدة حمله فصارت كالآيسة والصغيرة بخلاف الممتد طهرها لان الحيض مرجو فيها
في كل ساعة فلم يقم الشهر في حقها مقام الحيض وجاز طلاقهن عقيب الجماع لان الكراهة
بعد الوطء فيمن تحيض انما كان لتوهم الحبل واشتباه وجه العدة لانه لا تدري انها حبلت بذلك
الوطء فتعتد بوضع الحمل ام لم تحبل فتعتد بالاقراء وفيمن لا تحيض لا يتوهم الحبل فلا يكره
وفي الحقائق اذا كان يرجى فيها الحبل والحيض فالافضل ان يفصل بينهما بشهر اتفاقا كذا في البناية
وبدعيه اي بدعي الطلاق تطليقها ثلثا او ثنتين بكلمة واحدة مثل
ان يقول انت طالق ثلاثا او انت طالق ثنتين وهو حرام عندنا لكن اذا فعل وقع الطلاق
وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي كل الطلاق مباح
لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوعه والمشروعية لا تجامع الحظر
بخلاف الطلاق حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل
في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين
الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكن والازدواج
واكتساب الولد وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز قطعه في الشرع الا انه
ابيح للحاجة الى الخلاص فلا حاجة الى الجمع بين الثلاث ثم كذا لا حاجة الى الزيادة
او الثنتين لانه دفعها بالواحدة فان قيل كما انه لا حاجة الى الجمع بين الثلاث كذا لا حاجة الى
المفرقة على الاطهار اجيب بان الحاجة اليه ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم تفصيله

واختلف

واختلفت الرواية في الواحدة البائنة هل هي بدعة ام لا قال في الاصل انها بدعة ايضا لانه لا حاجة الى
اثبات صفة زائدة في الخلاص وهو البينونة لاندفاع الحاجة بالواحدة الرجعية وفي الزيادات انها لا تكره
للحاجة الى الخلاص ناجزا كذا في الهداية او ثلاثا او ثنتين واوقعها دفعات في طهر واحد لا رجعة فيه لانه كما
قال صاحب الاختيار اشارة الى مذهب الجمهور وهو انه لو طلقها في طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها
فيه لا يكون وهو قول ابي يوسف وعندهما يكره وقيد بقوله ان كانت مدخولا بها لانها اذا لم تكن مدخولا بها فطلقها
في طهر يقع واحدة ثم اذا طلقها واحدة ثانيا لا يقع لانها لا تبقى محلا للطلاق لعدم العدة عليها
او في طهر جامعها فيه اي او يطلقها تطليقة واحدة في طهر جامعها فيه يقول الفقير هذا عطف على ما سبق
دون اشتراط العدد نعم وكذا تطليقها في الحيض يعني لو كانت مدخولا بها ويجب رجعتها في الاصح
وقيل يستحب لما روى البخاري بغير سند الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته
وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ذلك فقال عليه السلام مر ابنك فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر من الحيض ثم ان شاء امسك
وان شاء طلق قبل ان يمسها فالحاصل ان بدعي الطلاق تطليقها ثلاثا او ثنتين بكلمة واحدة
او ثلاثا او ثنتين او وقعها متفرقات في طهر لا رجعة فيه ان كان مدخولا بها او تطليقها واحدة
في طهر جامعها فيه او يطلقها في الحيض ان كان مدخولا بها والله اعلم فاذا طهرت الحائض
ثم حاضت ثم طهرت طلقها ان شاء لان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل هنا بعض
الحيضة فيكمل بالثانية ولا تجزي فتتكامل وقيل وهو قول الطحاوي يجوز ان يطلقها في الطهر الذي
يلي تلك الحيضة لان اثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في
الطهر الذي يليه ولو قال للموطوءة انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له وقع عند كل طهر واحدة لان اللام
فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه كذا في الهداية وقال الكمال سعدي افندي اقول قال ابن الهمام
وجه المسألة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى طلاقا مختصا بالسنة والسنة مطلق
فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلاث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة
واما تعليل الهداية فلا يستلزم المطلوب لان العبارة انت طالق ثلاثا لوقت السنة وهذا يوجب تقييد
الطلاق باحدى جهتي سنة الطلاق وهو السني وقتا فيكون مؤداه ثلاثا في وقت السنة ووجب
في وقوعها جملة عند طهر فانه بهذا القدر امتنع تعميم السنة في جهتيها بخلاف ما قررناه انتهى
وذلك ان تقول وقت السنة للطلاق الثلاث ثلاثة اطهار لا جماع فيها وفي ذلك ما لا يخفى انتهى
انتهى ما ذكره الكمال سعدي افندي وان نوى الوقوع جملة صحت نيته لانه يحتمل اللفظ لانه سني وقوعا من حيث
ان وقوعه جملة بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظم عند نيته بيانه ان اللام في قوله للسنة للوقت
والسنة تكون تارة كاملة وايقاعا ووقوعا وتارة تكون سنة وقوعا فقط فكان كل منهما محتمل اللفظ فاذا
لم يكن له نية كان السنة مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل
طهر لا جماع فيه طلقة واذا نوى صرف اللفظ الى السنة وقوعا يصح نيته لان وقوع الثلاث دفعة او في
حالة الحيض مذهب اهل السنة وبخلاف الروافض فهو سني من هذا الوجه وفي حيث انه عرف وقوعه
بالسنة وهي ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من طلق امرأته الفا بانت منه بثلاث والباقي رد عليه
فان قيل الوقوع لا يتصف بالاباحة لانه انفعال فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا
وايقاعا وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يتصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف بل انه حكم شرعي
وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف وكانه حكم شرعي وهو لا يوصف
فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية بيانه ان قوله انت طالق ثلثا فيه جهتان السنة والبدعة فان كان
يقصد ايقاع الثلاث جملة بدعة وحرام لكن وقوع الثلاث به ليس فيه الحرمة والبدعة فكان سنيا
كذا في العناية وقال زفر لا يصح نية الجميع لانه بدعة وهو ضد السنة ونية الشيء لا يراد به ضده ويقع طلاق كل
زوج عاقل بالغ ولو كان مكرها خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لا صلاح ابدا
وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل فانه مختار في التكلم بالطلاق فكان شرط التصرف موجودا
ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحة في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته وهو وقوع الطلاق

الا فهم الكلام كذا في الحواشي على تفسير القاضي لمحمد قطب زاده

حكاية

قال صاحب العناية وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام ويكون المراد من لفظ الامة امة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابية لا يجزي في مقام الاستدلال وههنا حكاية لطيفة وهي ان عيسى بن ابان من اصحابنا اخذ الشافعي فقال ايها الفقيه اذا ملك الحر على امراته الامة ثلاث تطليقات كيف يطلقها في اوقات السنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت اوقع اخرى فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال حسبك فان عدتها قد انقضت فلما تحير رجع

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنوعه الى الصريح والكناية فقال صريحه ما استعمل فيه اي في الطلاق خاصة ولا يحتاج الى نية وهو انت طالق ومطلقة وطلقتك فيقع بكل منها واحدة رجعية لكون هذه الالفاظ صريحة لانها تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكانت صريحة والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقد قالوا الامساك بالمعروف الرجعة ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وان نوى اكثر من واحدة اما قوله انت طالق فكما قال في الهداية انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطلاق هو صفة المراة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف ومعناه طلاقا ثلاثا وتوضيحه ما قال صاحب التوضيح ان قوله انت طالق يدل على الطلاق الذي هو صفة المراة لغة ويدل على التطليق الذي هو صفة الرجل اقتضاء فالذي هو صفة المراة لا يصح فيه نية الثلاث لانه غير متعدد في ذاته وانما التعدد في التطليق حقيقة وباعتبار تعدده يتعدد لا انه الذي هو صفة المراة فلا يصح فيه نية الثلاث واما الذي هو صفة الرجل فلا يصح فيه نية الثلاث ايضا لانه ثابت اقتضاء ولا عموم للمقتضي واما البواقيان فلانها للاخبار لغة والشارع نقلها الى الانشاء لكنه لم يسقط منها معنى الاخبار بالكلية لان الشارع اعتبر في جميع اوضاع الكلام اللغوية حتى اختار للانشاء الفاظا تدل على ثبوت معانيها في الحال كالفاظ الماضي فاذا قال طلقتك وهو في اللغة للاخبار وجب كون المراة موصوفة به في الحال فيثبت الشرع الايقاع من جهة المتكلم اقتضاء فلا يصح فيه نية الثلاث اذ لا عموم للمقتضي ولان نية الثلاث انما يصح بطريق المجاز بكون الثلاث واحدا اعتباريا ولا يصح نية المجاز الا في اللفظ كنية التخصيص او واحدة بائنة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي عدتها وتحقيقه ان الله سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء وقوله معطوف على قوله طلقتك انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا ويقع بكل واحدة منها رجعية وان نوى ثنتين او بائنة لانه ذكر لفظ الطلاق فيها صريحا فيقع واحدة رجعية سواء نوى او لم ينو لانها موجب اللفظ لكونه فردا فيقع واحدة بلا نية لان موجب اللفظ لا يحتاج الى النية ولا يصح نية الثنتين لانه عدد محض ليس بفرد حقيقي ولا اعتباري وان نوى بائنة لا تقع ايضا لما مر من انه خالف الشرع وقوله انت الطلاق من قبيل رجل عدل وان نوى بانت طالق واحدة وبطلاقا اخرى يقعتا لان كل واحد منهما صالح للايقاع قال صاحب العناية لو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى فان لم تكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة يصدق ويقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المستقبل الثاني كما لو قال انت طالق طالق قال الحسن چلبي اقول فان قيل كيف يصح تقدير المبتدأ في الثاني وهو منصوب قيل كلامه فلا يلتفت الى الاعراب خصوصا في العوام انتهى

وبيانه ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه ليس بعديم لا بمجنون وهذا لان الشرع الحكم والطلاق فاختار اهونهما واختيار اهون الشرين آية القصد والاختيار لكن لم يقصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذا العلة فيه دفع الحاجة وهو محوج به اذا الحاجة فيه ان يتخلص عما توعده به من القتل والجرح ثم اعلم انه اذا اقر بالطلاق مكرها فانه لا يقع لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام آلة الاكراه على الخبر دليل انه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فالاخبار عنه لا يصير واقعا او سكران لكن اختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو قول الشافعي لان صحة القصد بالفعل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا ان العقل زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع فزال العقل بالصداع نقول انه لا يقع طلاقا واعترض عليه بان الحكم اذا كان العذر فالحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما بالكم لم تكن كذلك اجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة كذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن واعترض ايضا بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجرا له يلزم ان يكون ردته واقراره بالحدود الخالصة معتبرا بل اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم اجيب عن الاول بان الشرب نفسه ليس فيه امكان انفصال عن الحرمة ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف السفر فان نفس السفر ليس بمعصية ولكن ما ينفصل عنها ابتداء وانتهاء فكانت فيه جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والرخص وعن الثاني بان الركن في الردة هو الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقر به ليثبت فيما يحتمل الرجوع ثم ان المراد بالسكران من زال عقله بما كان محظورا واما اذا زال بما يكون مباحا كالبنج ولبن الرماك فهو يكون كالاغماء في عدم وقوع الطلاق والعتاق واذا اكره على شرب الخمر ثم سكر فشرب يكون كالاغماء ايضا كذا في العناية او اخرس باشارته المعهودة لانها اذا كانت معهودة تقام مقام العبارة دفعا للحاجة لا يقع طلاق صبي ومجنون لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل ونائم لانه عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه ولا يقع طلاق سيده على زوجة عبده لان ملك النكاح حق العبد من خواص الآدمية والعبد يبقى فيها على اصل الحرية فيكون اسقاطه اليه دون المولى واعتباره اي اعتبار الطلاق بالنساء فطلاق الحرة ثلث ولو كان تحت عبد وطلاق الامة ثنتان ولو كانت تحت حر وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء وجه الاستدلال انه عليه السلام قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث العدد تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله تعالى قال الله تعالى ولقد كرمنا بني آدم ومعنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبد من الولاية والشهادة فكانت مالكيته ابلغ واكثر كذا في الهداية قال صاحب العناية فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت انما ثبت ذلك للحر يثبت للعبد لعدم القائل بالفصل قال المولى سعدي افندي قوله فيه ان حال العبد على قوله ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر فان الاول يقتضي التشريك في اصل الفعل انتهى

يقول الفقير في كلامه تامل ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وجه الاستدلال به انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثمة معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس ثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان البعض الاماء ثلثا فلم يبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بالامة تحت العبد مثلا عملا بالحديثين اجيب بانه يفضي الى ان يكون الضمير في عدتها عائدا اليها فيكون تخصيصها بالانقضاء فيكون عدتها حيضتين انها لا ترجع للضمير سواء لها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد

يقول الفقير فعلى ما ذكره يلزم اذا قال عالم بوجوه الاعراب انت طالق الطلاق بالنصب والتفت
اليه ونوى بقوله انت طالق واحدة وبالطلاق اخرى ان لا يقع طلقتان لانه لا يكون تقدير المبتدا
ولا يقصد العالم مع نصبه المبتدا فكيف يكون الحال نعت وان نوى بالالفاظ المذكورة الثلاث
وقع لانه نوى اعتبار يحتمل اللفظ وهو يقع بالنية فالحاصل ان لفظ طلاقا مصدر مفرد
ومعنى التوحيد مراعى في الفاظ المصادر وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل عنهما فيقع
واحدة بلا نية وثلاث بالنية والمثنى لا يقع وان نوى لانه ليس بموجب اللفظ ولا محتمله
ويقع الطلاق باضافته الى جملتها كما مر من قوله انت طالق ونحوه والى ما يعبر به عن الجملة
كالرقبة والعنق والراس والوجه والروح والبدن والجسد والفرج اما الرقبة فكقوله تعالى
فتحرير رقبة والعنق كقوله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين لم يرد بها الاعناق حقيقة
والا لقال خاضعة والراس والوجه كقولهم يا راس العرب ويا وجه العرب وقولهم امرى حسن
ما دام راسك سالما وقولهم في العهد وبنفس راسك وقوله تعالى ويبقى وجه ربك والروح
كقولهم هلك روحه بمعنى نفسه والبدن والجسد ظ والفرج كقوله عليه السلام لعن الله الفروج
على السروج اراد بها النساء وفي الدم اختلاف المشايخ قال صاحب الهداية ومن
هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظ انتهى هذا اذا تكلم باضافة
الراس واما اذا قال الراس منك طالق او وضع يده على راسها فقال هذا العضو
منك طالق لا يقع كذا في البيانية او باضافته الى جزء شائع منها اي من المراة كنصفها
وثلثها لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه
لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة لا يقع باضافته الى يدها او رجلها او ظهرها
او بطنها اذ لا يعبر بها عن الكل فان قيل اليد يعبر بها عن الجميع كقوله تعالى تبت يدا ابي لهب
وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت اجيب بانه لم يعرف استعماله في الجميع لغة
ولا عرفا وانما جاء على وجه الندرة حتى اذا كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع الطلاق
ولا يختص به بل يقع الطلاق في اي عضو كان كذا في الزيلعي قال المولى الفاضل سعدي
افندي في قول صاحب الهداية او الى ما يعبر به عن الجملة يعني الى الجزء الذي يعبر به عن جملة
الانسان من حيث هو انسان بل من حيث انه ناجر او جاسوس والتفصيل في مباحث
البيان المطول قبيل الاستعارة انتهى يقول الفقير يؤيده ما ذكره صاحب المطول
في مباحث البيان من قوله ولهذا يشترط في اطلاق الجزء على الكل استلزام الجزء
للكل كالرقبة والراس فان الانسان لا يوجد بدونهما بخلاف اليد فانه لا يجوز اطلاقها
على الانسان واما اطلاق العين على الربيئة فليس من حيث انه انسان بل من حيث
انه رقيب ومعنى الرقيبة لا يتحقق بدون العين والله اعلم وقال زفر والشافعي
لو قال يدك طالق او رجلك طالق يقع الطلاق قال صاحب الهداية وكذا الخلاف
في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن ودليلنا
ودليلهما مذكوران في الهداية واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يقع لانه لا يعبر به
عن جميع البدن وقال بعضهم يقع لان الظهر والبطن في معنى الكل اذ لا يتصور الآدمي
بدونهما بخلاف اليد والرجل ولو طلقها نصف تطليقة او سدسها او ربعها
طلقت واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض
القصاص صيانة للكلام عن الالغاء ولهذا وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل
بقدر الامكان لانه اذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى وجب الحمل والا لزم
ابطال الدليل ويقع في انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين لان نصف تطليقتين
تطليقة فثلاثة انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة قال صاحب
العناية من الناس من قال لا يقع شيء لانه مجهول لا معنى له ومنهم من يقول تقع واحدة
لان ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولا يقع به الا واحدة

والقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا لا سبيل الى الاول لان اللفظ
لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور
الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل انتهى
قال المولى سعدي افندي فيه انه لا يعقل كون ثلاثة انصاف جزء الشيء الا ان يكتفي بجزئية النصف
وفي ثلاثة انصاف تطليقة يقع ثنتان وهو المنقول عن محمد واليه ذهب الناطفي في الاجناس
والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة انصاف تطليقة يكون
ونصف تطليقة والطلاق لا يتجزى فيتكامل فيكون ثنتين وقيل يقع ثلاث لان كل نصف يكون
تطليقة واحدة لانه لا يتجزى فيصير ثلاثة انصاف تطليقة ثلاث تطليقات لا محالة وفي انت طالق
من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين يقع واحدة عند ابي حنيفة وعندهما ثنتان
وفي انت طالق من واحدة او ما بين واحدة الى ثلاث يقع ثنتان وعندهما يقع ثلاث وقال
زفر لا يقع شيء في الاولى وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المغيا
كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه قولهما وهو الاستحسان
ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي درهما الى مائة
ولابي حنيفة ان مثل هذا الكلام الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون
سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون الاكثر من الاقل
الامام والاقل من الاكثر كذا في الهداية قال صاحب العناية وفيه نظر لانه لا يمشي في قوله من واحدة
نقل الى ثنتين واجيب بانه يمشي فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلاث والاقل الواحد والاكثر من
الاقل من الاكثر اثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس
الكلام في الاكثر في الطلاق وانما الكلام في الاكثر في كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه
واقول قول صاحب الهداية ان المراد به الاكثر من الاقل اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة
ذلك الى ثلاث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما
كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا سقط الاعتراض انتهى يقول الفقير
فيه بحث فانه اذا تخلل بينهما شيء يراد الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل وسوق كلام صاحب الهداية
لا يلائم ما ذكره لان الدليل الذي ذكره من طرف ابي حنيفة بتمامه دليل للمسئلتين معا
فلا وجه للتخصيص الذي ذكره صاحب العناية والحق ان النظر وارد عليه عند من تدبر
وجوابه تنظيره بقوله سني من ستين الى سبعين ... الى مائة من
تخيير ابي حنيفة مذكور في الهداية ان شئت فراجعه روي ان اباح قال لزفر حيث قال له
كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له فاذن انت ابن تسع سنين
وروي فخر الاسلام ان الاصمعي هو الذي احتج على باب الرشيد حيث قال لمن
قال لامراته انت طالق ما بين واحدة الى ثلاث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين
لم تتناول الحدين فقال لم ما تقول في الرجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى
سبعين فهل يكون ابن تسعة فتحير زفر وقال استحسن في مثل ذلك ويلزم على قوله
انه لو قال من واحدة الى واحدة لا تقع شيء وقيل تقع واحدة لانه لما جعل الواحد
حدا وجمع او نفى اخر كلامه لعدم تصور ذلك بقي انت طالق كذا في العناية
ذلك قال المولى سعدي افندي والذي يتبادر في وجه الاستحسان في قول زفر استحسن مثل
ان يقول الرجل سني ما بين ستين الى سبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر
من الاقل ولا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فبقي على ظاهره انتهى
يقول الفقير ما ذكره لا يدفع ما ذكره الاصمعي برفع التحير من زفر رحمه الله تعالى
وفي انت طالق واحدة في ثنتين يقع واحدة ان لم ينو شيئا او نوى الضرب والحساب لان الضرب لا يزيد
شيئا في المضروب لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء الطلقة
لا يوجب تعددها فيصير معنى قولنا واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين والطلقة وان كثرت اجزاؤها
لا يصير اكثر من واحدة

قال صاحب الكافي لو كان يراد المذهب بالضرب في نفسه لم يبق احد في الدنيا فقيرا لانه يضرب مائة
في الف درهم فيصير مائة الف درهم وقال زفر والشافعي يقع ثنتان عملا بالضرب لان الواحدة
اذا ضربت في ثنتين يصير ثنتين فان نوى واحدة وثنتين او مع ثنتين فثلاث اما في الواو
فلانها محتملة فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وبيانه وبتفصيله واما مع فلان
في يجيء بمعنى مع كما في قوله فادخلي في عبادي ويقال دخل الامير البلدة في جنده اي مع جنده
قال الكرماني [illegible] قال الفاضل سعدي افندي فيه نظر وانت خبير بانه لا نسلم في الآية من حمله على الظرفية بل هي
قال ابن الهمام ولا يخفى ان تاويله بمع بينونة وادخلي جنتي فانه دخولها معهم ليس الا في الجنة
فالوجه ان يستشهد على ذلك بقوله سبحانه ونتجاوز عن سيئاتهم في اصحاب الجنة انتهى
وفي غير الموطوءة يقع واحدة يعني اذا قال لغير الموطوءة انت طالق واحدة في ثنتين ونوى واحدة
وثنتين يقع واحدة مثل واحدة وثنتين اي كما اذا قال لغير الموطوءة ابتداء انت طالق
واحدة وثنتين حيث يقع واحدة لان طلاق غير الموطوءة اذا وقع مرة لا يمكن تطليقها مرة اخرى
يقول الفقير ولا يخفى ما في كلام المصنف من التسامح لانه كان يوهم بان يعم لولا بقوله بعد
وان نوى مع ثنتين فثلاث فيهما اي في غير الموطوءة ايضا اي كما يقع ثلث في الموطوءة لانه مع
مع ثنتين يقعان معا فلا يخل كونها غير موطوءة ومع وقوعها معا وفي ثنتين في ثنتين يقع ثنتان
وان نوى الضرب او لم ينو شيئا وعند زفر ثلاث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد
للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول لما بيناه من ان عمل الضرب
في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وان نوى ثنتين او ثنتين وهي مدخول
فهي ثلاث لما مر انه محتمل اللفظ وقضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث
وفي انت طالق من هنا الى الشام يقع واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف
الطلاق بالطول والطول يستعمل في العنق وفوق الشيء انما نظر بامتثالها عن محل الابعاد
وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بذلك الطول وقال انت طالق تطليقة طويلة
يقع رجعيا عندنا فكيف صح تعليله بالطول هنا اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى
عن الطول والكناية اقوى من التصريح لكونه كدعوى الشيء ببينة ومر منعه في البيان
قال صاحب العناية هذه خطابة لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال ويجوز
ان يكون عنده في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب انتهى قلنا لا بل وصفه بالقصر
لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه
وفي انت طالق بمكة او في مكة تطلق للحال حيث كانت [illegible] لان الطلاق لا يختص
بمكان دون مكان وان عني به اذا اتيت مكة يصدق في ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار
وهو خلاف الظاهر وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة تطلق للحال وان نوى اذا مرضت
لم يدين في القضاء ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة او في دخولك مكة لا يقع الطلاق
ما لم تدخلها لانه علق الطلاق بالدخول في الاولى وكذا في الثانية لمقاربة بين الشرط
والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط وقيل لان الظرف
يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط فيحمل عليه عند تعذر الظرفية وانما تعذر
الظرفية هنا لان الفعل لا يصلح ان يكون ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط
للمناسبة المذكورة وكذا في الصحيح كلها الى آخر الباب

فصل

ذكر هنا فصولا متعددة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وما يشبهه ومعنى اضافة الطلاق
تاخير حكمه عن وقت الطلاق الى الزمان يذكر بعده بغير كلمة شرط قال انت طالق غدا او في غد
يقع عند الصبح لانه في الاول وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء من الجزء
الاخر فيقع عند الفجر لانه اول جزء للغد يلزم الترجيح بلا مرجح وان نوى الوقوع وقت العصر
في الاول صحت ديانة ولا يصح قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمل ونية المحتمل

صحيح

واحدة

صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء
وكذا قال ان يقول الى العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم
فيه من الاول والوسط والاخر فهو من اجزائه لا من افراده وح لا يكون نية اخر النهار تخصيصا
لانه لا عموم فهو تخصيص والجواب ان الارادة الحقيقة والمجاز فان اطلاق الكل وارادة الجزء
مجاز لا محالة وتوضيحه ما قال الفاضل سعدي افندي فيه بحث والمراد نوع التجوز [illegible] الكلي
فنزل الاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ عند تكره في سياق الاثبات فلا يعم انتهى وان
نوى الوقوع وقت العصر في الثاني يصدق قضاء ايضا اي كما يصدق ديانة خلافا
لهما فانهما يقولان هو كالاول يصدق ديانة لا قضاء لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد
فصار بمنزلة قوله غدا وهنا يقع في اول جزء منه ايضا عند عدم النية ولابي حنيفة وابي يوسف
لانه ظرف في الحالين ولا يخفى انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية
لا يقتضي الاستيعاب قال صاحب العناية وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء
اذا لم يكن نية مصادفة لحقيقة كلامه وهنا صادفته فيدين قضاء وديانة الا ترى
ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان
مخالفا للظاهر لمصادفة نية حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما
يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان في
لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة وهنا يقتضيه وهو حقيقة ايضا بدليل قوله انا لننصر
رسلنا والذين امنوا في الحيوة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه للاستيعاب فيما
فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل عليهم السلام
والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الاخرة غير مقرونة بها في هذه
الاية لان نصرة الله تعالى اياهم في الاخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع
في بعض الاوقات لانها دار ابتلاء بان نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير
وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان كالمجاز فيحتاج الى نية ان يكون مراده بقوله
في غد مجازا وهو الاستيعاب فاذا نوى فقطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه انتهى
وقال صاحب البيانية في بيان سر اقتضاء ترك لفظ في الاستيعاب وعدم اقتضاء
ذكره اياه وعلى هذا جرى كلام اصحابنا في الفرق بين ذكر في وتركه في كتب الاصول والفروع
نحو المبسوط وغيره وفي جميع ذلك نظر لان الغد مفعول فيه على كل التقدير
ولا معنى لقولهم اذا كان بلا واسطة في يكون كل الغد مرادا واذا كان بواسطة في يكون الجزء
مرادا لانه في الحالين ظرف وامتداد المجالسة ايضا في قوله جالست زيدا يوم الخميس عند
ترك في لم يوجب التجرد ادعاء لا برهان عليه لانه قد يكون وقد لا يكون ومع الاحتمال لا يثبت
القطع فالوجه عندي ان يقال ان الظرف من حيث هو ظرف لا يقتضي الاستيعاب
بان يكون المظروف شاغلا للظرف بجميع اجزائه وهو الاصل في معنى الظرفية
فلما كان كذلك قلنا ان الظرف يجري في الظرفية من الظرف بدون حرف في
بدليل انه يتسع في الظرف فيجري مجرى المفعول به اذا لم يكن حرف في مذكورا حيث
لا يجري مجرى المفعول به اصلا واعتبرنا معنى الظرف وهو عدم الاستيعاب فيما
اذا كان امكن في الظرفية وهو الذي لا يحتمل غير الظرف وقلنا ان الجزء هو المراد
لا الكل تحقيقا لمعنى الظرف الا ان تعيين الجزء الاول اذا لم يكن له نية لعدم المعارض
والمزاحم بخلاف ما يتسع فيه وهو ما يكون بدون في حيث قلنا ان الكل هو المراد
لان ظرفيته ليست بقوية لجواز جريه مجرى المفعول به فصار كان الفعل واقع عليه
وان كان واقعا فيه فلم يصدق في ارادة الجزء قضاء انتهى كلام صاحب البيانية
يقول الفقير والحق ان هذا تدقيق وبالقبول حقيق حتى ان يقال هذا كلام دقيق
قال صاحب الهداية نظير الاول ما اذا قال والله لا اصومن عمري ونظير الثاني والله لاصومن في عمري
حيث يتناول الاول جميع عمره حتى لا يبر في يمينه الا بصوم جميع العمر بخلاف الثاني فانه يبر في يمينه

مطلب في الظرف
وفي حذف في وذكره

وهو غاية الظهور في ظرف الزمان النحو
حيث لم يشغل الزمان بجميع اجزائه
ع

فيه بصوم يوم من عمره وقس على هذا لاصومن الدهر
وفي الدهر

ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يعتبر الاول ذكرا فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني
في غد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا تنجز
لما فيه من ابطال الاضافة قلنا اللفظ الثاني في الفصلين واعترض على الصورة الاولى بانه لا يحتمل
غدا ظرفا لطلاق آخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير
موضع الضرورة قال صاحب العناية وفيه نظر لانه صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة
والاولى ان يقال وصفها بالطلاق في اليوم وغدا والطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة
الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي
قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف بها غدا لا يكون موصوفا بها
اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين في دفعة واحدة
فلا يسوغ لنا ما فيكون الثاني لغوا انتهى يقول الفقير ثم ان وجه قياس الاول بعد لا ذكا
يظهر بالتامل تامل ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك فهو لغو لانه اسنده الى حالة
منافية فكان لغوا وكذا انت طالق امس وقد نكحها اليوم يكون لغوا لانه قد
اسنده الى حالة معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في حكمه في ذلك الوقت الذي
اضاف الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلقي وان كان
نكحها قبل امس وقع الآن لانه ما اسنده الى حالة منافية بل انه لما قصد الايقاع
في الماضي وهو ليس في وسعه وهو الايقاع في الحال ولو قال انت طالق ما لم اطلقك
او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت للحال لانه اضاف الطلاق الى
زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح
في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحياة
حتى لو علق الثلاث وصل بسكوته يعني لو قال انت طالق ثلاثا ما لم اطلقك وقع
بسكوته وان وصل بالمذكورات انت طالق يعني لو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق
ثلاثا موصولا وقع واحدة والقياس ان يقع المضاف ايضا فيهما ان كان مدخولا بها
وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل
ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى من اليمين لان الحالف لا يريد
هو القصد ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف ان
لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته ولا يلبس هذا الثوب وهو لابسه
فاشتغل بنزعه ولو قال ان لم اطلقك فانت طالق لا يقع ما لم يمت احدهما لان العدم
لا يتحقق الا بالياس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله ان لم ات البصرة يعني لو قال
ان لم ات البصرة فانت طالق لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن الاتيان فانا
انتهى الى الموت نعم وقع الياس فوجب الشرط وهو المحل قابل للطلاق بانه موقع فكذلك
ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبل موتها ايضا وهو الصحيح وقال بعضهم لا يقع الطلاق
بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم يمت وانما يعجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت
واذا بلا نية مثل ان وعندهما مثل متى ومع نية الشرط او الوقت فما نوى يعني اذا
قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك فاما ان ينوي شيئا او لم ينو
فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال بسكوته وان نوى الشرط وقع في آخر عمره
لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل جائزة وان كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة
مثل ان فلم تطلق حتى يموت وقالا مثل متى فتطلق حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة
للوقت ويستعمل للشرط من غير سقوط الوقت وهو مذهب البصريين واستدلا
عليه بقوله تعالى اذا الشمس كورت وبقول الشاعر اذا يكون كريهة ادعى لها
واذا يحاس الحيس يدعى جندب فانه في الاول لافادة الوقت الخالص عن الشرط
انه ينتظر لا محالة وفي الثاني لافادة في ان كان في الحال فصار بمنزلة متى ومتى ما

وكونه

واستوضح صاحب الهداية كونه بمعنى متى بقوله حتى لو قال لامراته انت طالق اذا شئت لا يخرج
الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان لخرج الامر
من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط
لانه يستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدلوا على ذلك بقول الشاعر في
نصيحة ابنه استغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل
قال صاحب الكافي الجزم في تصبك يدل على انه للشرط فان اريد به الشرط لم يطلق للحال
وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار
انه للشرط يخرج الامر من يدها فلا يخرج بالشك كذا في العناية قال المولى
سعدي افندي في قوله ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط لانه يستعمل فيهما
اقول وفيه ان ما ذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك فانه يجوز ان يكون
استعماله في الآخر مجازا والحمل عليه اولى من الاشتراك على ما علم في الاصول انتهى
يقول الفقير يعني ذكر في الاصول انه اذا دار الامر بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز
اولى لان قرينة واحدة في المجاز كافية وفي الاشتراك لا بد في ارادة كل من المعاني
من قرينة ولنا في هذا بحث ذكرناه في تعليقاتنا على شرح المنار للفاضل ابن ملك
لكن هذه التعليقات بقيت في المسودة الى الآن وهي سنة اربع وثلاثين والف
ونسأل الله واهب العطايا وغافر الذنب والخطايا ان يسر تبييضها قبل
ان يأتي امر الله تعالى ونستشفع في هذا الامر بسيدنا وسيد المرسلين عليه صلوات
المصلين واليوم للنهار مع فعل ممتد ولمطلق الوقت مع فعل لا يمتد وذلك لان
ظروف الزمان اذا تعلق بالفعل بلا لفظ في يكون معيارا له كقوله صمت السنة
بخلاف قولنا صمت في السنة على ما مر فاذا كان الفعل ممتدا كالامر باليد كان المعيار
ممتدا فيراد باليوم النهار هنا وان كان الفعل غير ممتد كوقوع الطلاق كان المعيار
غير ممتد فيراد باليوم الوقت والحاصل ان ههنا ثلاثة الفاظ النهار والليل واليوم
اما النهار فللبياض خاصة والليل للسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية واما
اليوم فانه يستعمل في بياض النهار وفي مطلق الوقت بالاشتراك عند بعض وهو الصحيح
وهو مذهب الاكثر ان الاطلاق على مطلق الوقت مجاز لما ذكرنا آنفا ان حمل الكلام
على المجاز اولى من الاشتراك وعلى التقديرين لا بد من القرينة فيرجح احد معنييه على الآخر
بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة
وغيرها لصحة ان يقال لبست يوما او سكنت شهرا او ركبت عشرة ايام مثلا
يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهو اليق به وان كان مما لا يمتد كالخروج
والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت يوما او دخلت
يوما او قدمت يوما مثلا فيطلق فيحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين
الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الآية فالمراد
به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان او نهارا فلو قال
امرك بيدك يوم يقدم زيد فقدم ليلا لا يتخير وان قال يوم اتزوجك فانت
طالق فنكحها ليلا وقع الطلاق قال صدر الشريعة واعلم انه قد وقع خبط و
اضطراب في ان المعتبر في الامتداد وعدمه الفعل الذي تعلق به اليوم او الفعل الذي
اضيف اليه اليوم والمذكور في الهداية في هذا الفصل ان اليوم يحمل على الوقت
اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار فههنا دليل على
ان المعتبر الفعل الذي تعلق به اليوم وهو الطلاق في قوله يوم اتزوجك فانت طالق
والمذكور في ايمان الهداية في هذا الفصل انه قال يوم اكلم زيدا فانت طالق يتناول الليل
لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت والكلام لا يمتد فهذا يدل على ان المعتبر الفعل الذي

اضيف اليه اليوم

اذا عرفت هذا فاذا كان كل واحد منهما غير ممتد كقوله انت طالق يوم يقدم زيد يراد باليوم مطلق الوقت
وان كان كل واحد منهما ممتدا نحو امرك بيدك يوم اسكن هذه الدار يراد باليوم النهار وان كان
الفعل الذي تعلق به اليوم غير ممتد والفعل الذي اضيف اليه اليوم ممتدا نحو انت طالق يوم
اسكن هذه الدار او بالعكس نحو امرك بيدك يوم يقدم زيد ينبغي ان يراد باليوم النهار
ترجيحا لجانب الحقيقة و انما قلنا ان الطلاق غير ممتد لان المراد ايقاع الطلاق فلا يقال
ان كون المراة طالقا ممتد لان الطلاق اذا وقع يكون المراة طالقا وهلم جرا فيمتد
فلا فائدة في تعليق اليوم به فيكون اليوم متعلقا بايقاع الطلاق لا بكون المراة طالقا
انتهى كلام صدر الشريعة قال الفاضل يعقوب باشا ثم وقع في بعض نسخ الهداية
والتزوج من هذا القبيل وفي بعضها والطلاق من هذا القبيل وهو الاظهر لان
المراد من قوله من هذا القبيل هو المظروف لا المضاف اليه وبعض المشايخ اعتبروا المضاف اليه فيما
لا يختلف الجواب وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه مما لا يمتد تساهلا نظرا
الى حصول المقصود وهو استقامة الجواب حيث صرحوا في قوله يوم اكلم فلانا فامراتي طالق
بان المظروف هو الكلام والكلام مما لا يمتد واما فيما يختلف الجواب فيه باختلاف الاعتبار
بان كان احدهما ممتدا والاخر غير ممتد فالكل اعتبروا المظروف ولم يلتفتوا الى المضاف
اليه كما في مسئلة الامر فان الكل اعتبروا فيها الامر باليد الذي هو المظروف في هذا الباب
دون المضاف اليه انتهى يقول الفقير قد اجاب العلامة التفتازاني في التلويح
عن هذا المضيق بما ذكره المولى المرقوم عليه رحمة الغفور وفي العناية ايضا كذلك
ثم قال لصدر الشريعة واعلم ان المراد بالامتداد امتداد يمكن ان يستوعب النهار لا مطلق الامتداد
لانهم جعلوا التكلم من قبيل غير الممتد ولا شك ان التكلم ممتد زمانا طويلا لكن لا يمتد
بحيث يستوعب النهار انتهى قال العلامة التفتازاني في التلويح في بحث
الحقيقة والمجاز فان قلت التكلم مما يقبل التقدير بالمدة فكيف جعلوه غير ممتد
قلت امتداد الاعراض انما هو بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والركوب فما يكون
في المرة الثانية مثلها في الاولى من كل وجه يجعل كالعين الممتد بخلاف الكلام فان
المتحقق في المرة الثانية لا يكون مثله في الاولى فلا يتحقق تجدد الامثال انتهى
يقول الفقير لعل التكلم الذي يقبل التقدير بالمدة هو الكلمات المتعددة الواحدة بالنوع
واما التكلم الذي جعلوه غير ممتد فهو التكلم الواحد الشخصي فلا اشكال ثم انهم قالوا
واما الجواب المبني على تجدد الامثال فلا يخلو عن بعد لكون مبناه مما لا يتم دليله
اذ لا يخفى ان انعدام الالوان في كل آن وتجدد امثالها بمنزلة انعدام الاعيان وحدوث
امثالها في كل آن ~~وتجدد امثالها~~ وهو سفسطة ظاهرة يقول الفقير لكن قال
ارباب التحقيق ممن له ذوق من جناب الحق توفيق ان الله تعالى صفتين متضادتين وهما
الجلال والجمال وهما غير معطلين قطعا لامتناع التعطيل على صفاته تعالى فهو تعالى
في كل آن لا بد ينظر الى جميع المكونات من الاعراض والاعيان بصفة الجلال فتكون
باسرها معدومات ثم ينظر الى جميعها بصفة الجمال فيعود الى الوجود ثم وثم الى غير النهاية
ولعدم التفرقة من سرعة الذهاب والمجيء بحيث لا يتفطن احد الى انعدامها ثم عودها
الى الوجود والى هذا ايضا اشارة في كلام العلامة التفتازاني في شرح
العقائد النسفية فراجعه ولا تظنن ما قاله ارباب التحقيق سفسطة مع
ان هذا القول سبق اليه مقتدى ارباب التحقيق ومقلد اصحاب التدقيق
الشيخ الكبير في مصنفاته قدس سره والظاهر انه لا يتفوه به الا
عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان والعلم في الحقيقة الى الله الديان
ولو قالت انا منك طالق فهو لغو وان نوى ولو قال انا منك باين او عليك
حرام بانت ان نوى وان لم ينو لم يقع وقال الشافعي الطلاق في الوجه الاول

ايضا لانه ~~ح~~

ولا فرق بينهما

ولا فرق بينهما لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشترك بينهما فان الحل
مشترك بينهما وهو ظ وكذلك النكاح لان ملك النكاح مشترك ايضا بين الزوجين
حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين
ويذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع لذلك
صح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم قلنا لا نم ان الطلاق وضع
لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون
الزوج الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والبروز سلمناه وضع كذلك
لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح
المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع المالكية والمملوكية ولكونها مملوكة سميت
منكوحة اي واردا عليها ملك النكاح بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة
وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما الى الزوجين ولا يصح
اضافة الطلاق الا اليها قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لما كان
فرقا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما اللازم بط فانه اذا قال انت باين او حرام
ونوى الطلاق وقع ولو قال انا باين او حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك
او عليك واجيب بان مدار الاختلاف ليس عدم الاشتراك بل فيه
تعدد الملك والحل في جهتها دونه فانه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره
ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفي بقوله انت باين او حرام
واما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها حال كونها في عصمته فلا بد من ذكر منك
او عليك تعيينا للجهة ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فهو لغو
لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي
المحلية ولا بد منهما وكذا يكون لغوا لو قال انت طالق واحدة او لا خلافا لمحمد
في رواية قال صاحب الهداية ذكرت هذه المسئلة في الجامع الصغير من غير خلاف
وكانه عند محمد ايضا لا يقع شيء لكن ذكر في المبسوط انه لو قال انت طالق
واحدة او لا شيء يقع واحدة رجعية والحال انه لا فرق بين المسئلتين فيكون عن محمد
في هذه المسئلة روايتان لهما انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينهما
فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق ويقع به واحدة رجعية بخلاف
قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان
الوصف متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلاثا
كان الوقوع بذكر العدد يعني ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما
واحدا في الايقاع فح كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع
فكان نظير قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا
وان ملك امراته كلها او شقصها او ملكته كله او شقصه بطل العقد
للمنافاة بين المالكين اما ملكها اياه فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية فلا يبقى مصالح
النكاح منتظمة واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك
فينتفي بيانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك
فانما طرح عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا
فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته واما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت
لانه لم يطرا عليه لا حل قوي ولا ضعيف اجيب بان ملك البعض في باب الحل قائم مقامه
تيسيرا كذا في العناية قال المولى يعقوب باشا وفيه كلام وهو ان دليل الملك التام
واما الاعتراض بشراء المكاتب زوجته حيث لا يبطل النكاح مع وجود ملك اليمين
فليس بتام اذ لا نم ان له ملكا بل له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح كما لا يخفى انتهى

الملك فهو ضروري

بينهما بالنكاح

كما لا يخفى

فلو طلقها بعد ذلك لها لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع قيام المنافي من وجه يعني اذا ملك الشقص او من كل وجه يعني اذا ملك الجميع ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع اعتاق سيدك اياك فاعتقها السيد ملك الرجعة لانه علق التطليقتين بالاعتاق والمعلق يوجد بعد الشرط فتطلق وهي حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين لا يقال كلمة مع تنافيه لانا نقول انها قد تجيء بمعنى بعد كقوله تعالى ان مع العسر يسرا وان علق طلقتيها اي طلقتي الامة بمجيء الغد وعلق مولاها عتقها به اي بمجيء الغد ايضا فجاء الغد لا تحل الامة له الا بعد زوج آخر عند ابي ح وابي يوسف يعني اذا قال لها اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لانه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق لان الاعتاق علة للعتق وكذا التطليق علة للطلاق فلما اقترن العلتان في الزمان اقترن معلولهما في الزمان فيصير كل من العتق والطلاق يصادفها وهي امة بخلاف المسئلة الاولى لان العتق ثمة شرط فيقع الطلاق بعده وعند محمد يملك الرجعة لان المعلق بالشرط كالمرسل عند الشرط فصار كان الاعتاق والتطليق وجدا في ذلك الوقت فيقع العتق اولا لان الاعتاق مندوب والتطليق محظور فيتاخر حكم المحظور كما ان حكم البيع الفاسد وهو الملك متاخر الى وجود القبض لكونه محظورا وعدتها ثلاث حيض اجماعا لا خلاف فيها لانه يؤخذ فيها بالاحتياط صيانة عن الاشتباه والاحتياط في اعتدادها كالحرة بقول الفقير في الهداية وشروحه في هذه المسئلة والتي قبلها ما يتحير به الاذكياء ولنا فيهما كلام علقناه على هامش نسخة العناية التي عندنا والله تعالى اعلم ه‍

فصل

ذكر وصف بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا قال الطالق هكذا مشيرا باصابعه وقع بعددها اعلم ان الاشارة تقوم مقام العبارة يدل على ذلك ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وروي ايضا انه قال الفتنة من هاهنا واشار الى المشرق وكذا في العرف تقوم الاشارة مقام العبارة الا يرى ان عمر قيل له هل زيد عندك فحرك براسه علوا وسفلا يفهم منه نعم ارى فلما كانت الاشارة تقوم مقام العبارة في البيان قلنا يقع الطلاق الثلاث اذا قال انت طالق هكذا مشيرا بالابهام والسبابة والوسطى وان اشار بواحدة فواحدة وان اشار باثنتين فثنتان ثم انه قيل يعتبر المنشورة منها مطلقا وذهب بعضهم الى التفصيل ومن هنا قال فان اشار ببطونها تعتبر المنشورة وان اشار بظهورها تعتبر المضمومة لانه اذا اشير بالاصابع المنشورة فالعادة فالعادة ان تكون بطون الكف الى جانب المخاطب فيعتبر عدد المنشورة واذا عقد الاصابع يكون بطن الكف الى جانب العاقد فيعتبر عدد المضموم اعتبارا بطريق الحساب وعرفهم قال صاحب العناية وقد طعن بعض الجهال محمدا رحمه الله تعالى في قوله السبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السباحة حتى روي عن عمرو بن شعيب رضي الله عنه ان رجلا اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال كيف الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء وتوضأ فادخل اصبعيه السباحتين اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسباحتين باطن اذنيه رواه الطحاوي في شرح الآثار انتهى

مطلب دفع ما يتوهم من الشرح

قال صاحب البناية في جواب الاعتراض اقول وقد وقع في بعض النسخ السباحة مكان السبابة والسباحة ايضا اسم شرعي الا يرى الى ما روي من النبي صلى الله عليه وسلم في حديث طويل ثم مسح راسه وادخل اصبعيه السباحتين في اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسباحتين باطن اذنيه ثم غسل رجليه الحديث واما الجواب على رواية السبابة فاقول قد جاء هي في الحديث ايضا ونقل الحديث الذي رواه صاحب العناية ثم قال على انا نقول المعتبر في اللغات استعمال العرب العرباء لا استعمال المولدين فالسابة اولى بالاستعمال لكونها لغة العرب الفصح وعلم النبي عليه السلام تكلم بها ولانه انما قبل اشار بالسبابة لا يفهم منها معنى السب ولا ينظر اليه اصلا بل يفهم الاشارة بالاصبع التي تلي الابهام فحسب فعلم ان الطعن صدر من جهل انتهى ولو وصف الطلاق بضرب من الشدة بان قال انت طالق باين او البتة او افحش الطلاق او اخبثه او اشده او طلاق الشيطان او البدعة او كالجبل او كالف او ملؤ البيت او تطليقة شديدة او طويلة او عريضة وقع واحدة باينة بلا نية وقال الشافعي في قوله انت طالق باين او البتة يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة لان الرجعة في العدة حكم الطلاق بعد الدخول بالنص فلو يملك الزوج تبديله كما لا يملك تبديل سائر احكام الشرع الا يرى انه لو قال اعرتك امارة او وهبتك هبة موجبة للملك قبل القبض او بانه لا رجوع لي كان باطلا لانه تبديل لا حكام الشرع والعبد لا يملكه فكذا وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة يحصل بالطلاق فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين واعترض بانه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة باينة اذا نوى وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغيير للمشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة وردت بانه تسليم لدليل الخصم ويحتاج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيره مشروعا وهو محتمل احتمال الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم تعتبر طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وكذا لو قال انت طالق افحش الطلاق تقع واحدة باينة بلا نية لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله باين وكذا اذا قال اخبث الطلاق لما ذكرنا وكذا اذا قال اشد الطلاق لانه وصفه بالشدة وهي تناسب البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض واما الرجعي فيحتمله فلا يناسب الشدة وكذا اذا قال طلاق الشيطان او البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون قوله طلاق الشيطان وطلاق البدعة باينا وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون باينا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع كما في حالة الحيض فلا بد من النية ه‍

وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا
لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك
وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة
الوصف وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فيكون تشبيها
في توحيده وكذا اذا قال كالف او ملء البيت اما الاول فلانه قد يراد بهذا
التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو كالف فيراد به القوة فتصح نية
الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد انه يقع الثلاث عند عدم النية
لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد
الف واما الثاني فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأ لكثرته
فاي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الاقل وكذا اذا قال
انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه
وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف
انه يقع بها واحدة رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو وكذا يقع واحدة
بهذه الالفاظ ان نوى الثنتين لما ان الثنتين عدد محض ليس فيه توحد ما فلا يعتبر
بينهما الا اذا نوى بقوله طالق واحدة وبقوله باين او البتة اخرى فيقع باينتان
لان هذا الوصف يعني قوله باين او البتة تصلح للابتداء الا ايقاع بان كان يقول
انت باين او انت البتة ونوى به الطلاق فكذا اذا نوى تطليقة اخرى
فيكون خبرا بعد خبر ويكون كقوله انت طالق انت باين وكان ينبغي ان
يكون احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه باينا لعدم الامكان
لان الثاني يكون باينا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور
بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني باينا قال صاحب العناية وهذا يشير الى
ان الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب باينا لوقوع الثاني باينا لعدم تصور بقائه
رجعيا ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرنا فلا كلام
فيه وان اراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح انتهى وصحت نية الثلاث في الكل
من قوله انت طالق باين الى قوله عريضة لانها بوائن والبائن على نوعين غليظة و
خفيفة فاذا نوى الثلاث فقد نوى اغلظ النوعين واعلاهما فتصح قال صاحب البداية
وذكر الصدر الشهيد صحة نية الثلاث في هذه الفصول كلها ه
ولكن الامام الزاهد العتابي قال والصحيح انه لا يصح نية الثلاث في انت طالق
تطليقة شديدة او عريضة او طويلة لانه نص على التطليقة فانها تتناول الواحدة
فقط هكذا ذكر شمس الائمة السرخسي ايضا وهذا هو الصحيح عندي
لان النية انما تصح فيما يحتمل اللفظ ذلك والتاء موضوعة للوحدة فلا يحتمل غيرها
فلا يصح نية الثلاث انتهى يقول الفقير في كلامه بحث ظ تدبر ه

فصل

لما كان الطلاق قبل الدخول الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل لان
النكاح وضع للدخول وله احكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل
طلق غير المدخول بها ثلاثا وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا
فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله انت طالق
وتبين لا الى عدة فقوله ثلاثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع شيء كما لو قال انت طالق انت طالق

ونقل ابن ملك

ونقل ابن ملك في شرح مجمع البحرين عن المشكلات انه من طلق امرأته الغير المدخول بها ثلاثا
فله ان يتزوجها بلا تحليل واما قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره ففي حق المدخول بها وقال صاحب الدرر سرد ما نقل عن المشكلات انه اذا طلق
امرأته ثلاثا قبل الدخول لا تقع لان الآية الكريمة نزلت في حق الموطوءة باطل محض
منشأه الغلط عن القاعدة المقررة في الاصول ان خصوص السبب غير معتبر عندنا
لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولا دلالة في النص على دخول الزوج الاول
خلافا للشافعي وان فرق بان قال لغير المدخول بها انت طالق طالق طالق بانت
بالاولى ولا تقع الثانية لان كل واحد ايقاع على حدة اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير
صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال وتصادفها الثانية وهي باينة
وقال مولانا سعدي افندي قد يقال لك ان تقول لم لا يجوز ان يكون من قبيل
قوله عليه السلام فنكاحها باطل باطل واحتمال كونها حملا على التأكيد لا يجعل نفعا
اذ الطلاق لا يثبت بالشك مع ان الحنفي خلاف الاصل واللائق بحال المسلم ان
لا يجمع الثلاث في وقت انتهى يقول الفقير النكاح لا يحتمل التعدد فاذا قيل فنكاحها
باطل باطل لا يمكن حمله الا على التأكيد بخلاف الطلاق فانه متعدد ~~فاذا قيل فنكاحها باطل~~
والاحتياط في عدم كونه للتأكيد بل للتأسيس على ان التأسيس خير من التأكيد
والافادة خير من الاعادة تدبر ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة وقع واحدة
لانها بانت بالاولى لا الى عدة فيفوت المحل وكذا لو قال انت طالق واحدة قبل واحدة
او بعدها واحدة وقع واحدة لان الواحدة الاولى فيهما وصفت بالقبلية فلما وقعت
قبل الثانية لم يبق لها محل ولو قال انت طالق واحدة بعد واحدة او قبلها واحدة
او مع واحدة او معها واحدة فثنتان فهذه اربع صور اما الاولى فلان البعدية
صفة الاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان
وتقعان واما الثانية فلان القبلية صفة الثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها
في الماضي وايقاع الاولى في الحال لكن الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فتقترنان
واما الثالثة والرابعة فلان مع للقران فيتوقف الاولى على الثانية تحقيقا لمراده فتقعان
وعن ابي يوسف في قوله معها واحدة انه يقع واحدة لان الثانية يستدعي سبق الكناية
وجودا في ذلك في الطلاق بالوقوع فلا يبقى للثانية محل وفي الموطوءة ثنتان في الكل
اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لعدم المحلية بعد وقوع الاولى قال مولانا
سعدي افندي قال ابن الهمام واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره
لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
وقوله تعالى لنفد البحر قبل ان تنفد كلمات ربي واجيب بان اللفظ اشعر بالوقوع
وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستلزمه لا محالة والعمل
بالظاهر واجب ما امكن انتهى وفيه تأمل لان ما ذكره سعدي افندي يقول الفقير وجه
التأمل والله اعلم ان وجود الواحدة التي وقعت مضافا اليه لقبل ظاهرا يعني لا حقيقة
لا يكفي في وقوعهما اذ لم توجد حقيقة وهو ظاهر فالسؤال وارد لا محالة تدبر ويمكن في وجه
التأمل بالتدبر تدبر ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة
فدخلت الدار يقع واحدة وعندهما ثنتان لان حرف الواو لجمع المطلق فتعلقا
جملة فيقعان جملة كما اذا نص على الثلاث وقال ان دخلت الدار فانت طالق
ثلاثا لان الجمع بواو الجمع بلفظ الجمع وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب
لان تحققه في الخارج لا يكون الا باحد الوجهين فعلى اعتبار الاول يقع الثنتان وعلى اعتبار
الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذا اللفظ بان قال لها انت طالق واحدة
وواحدة فانه لا يقع الا واحدة ما لم تطلق فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع ه

ان ما ذكره ابن الهمام عليه ... صح

ولو اخر الشرط بان قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت الدار
فثنتان اتفاقا اي فيقع ثنتان اتفاقا لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق
وكلاهما كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فتقعان جملة ولا معتبر بما اذا قدم الشرط
فلم يتوقف صدر الكلام عليه ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي
فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا
فقدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث رح انه يقع واحدة بالا
لان الفاء للتعقيب وهو الاصح كذا في العناية ويقع الطلاق بعده وقرن بالطلاق
لانه اي العدد الطلاق فلو ماتت المرأة قبل ذكر العدد في قوله انت طالق واحدة لا تطلق
لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فاتت المحل
قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وحده
قال صاحب العناية وهذه المسائل الثلاث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله
وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلاثا قوله ما قبلها وهو قوله
واذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما
جميعا العدد المذكور لا الوصف المذكور وحده الا ان الحكم يختلف لما ذكر العدد
الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادفت المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق
اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل العدد وصادفها العدد
وهي منكوحة حيث وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين
للعدد ولا بالوصف

فصل

لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات فقال
وكنايته اي كناية الطلاق ما احتمله وغيره قال صاحب القاموس كنى به عن كذا يكني
ويكنو كناية تكلم بما يستدل به عليه وان تتكلم بشئ وانت تريد غيره انتهى وهي عند
الاصوليين ما استتر المراد به حقيقة كان او مجازا وههنا عبارة عما ذكره المطلق
ولهذا لا يقع بها اي بالكنايات الطلاق الا بنية الزوج اي الطلاق فيضاف
الى الفاعل والمفعول او دلالة حال لانها لما لم تضع له واحتمله وغيره وجب التعيين
بالنية او دلالة الحال ثم الكنايات على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما
يكون واحدة بائنة فالاول ثلاثة الفاظ وعن هذا قال فمنها اي من الكنايات
اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة ولابد لكل واحدة منها من احتمال غير
حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال اما الاول فلانه
يحتمل الاعتداد من النكاح ويحتمل اعتداد نعم الله تعالى وانعم عليك فاذا نوى
الاول زال الابهام ووجب به الطلاق بعد الدخول اقتضاء كانه قيل طلقتك او
انت طالق فاعتدي وقبل الدخول جعل مستعارا عن الطلاق لانه سببه
في الجملة وان لم يكن سببا هنا فاستعير الحكم لسببه ويجوز استعارة الحكم للسبب
اذا كان مختصا به واما الثاني فلانه يستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود
من العدة فكان بمنزلة الاعتداد ويحتمل الاستبراء ليطلقها في حال فراغ رحمها
اي تعرفي براءة رحمك لاطلقك فاذا نوى الاعتداد زال الابهام على ما ذكرنا
واما الثالث فلانه يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة ويحتمل
غيره وهو ان يكون معناه انت واحدة عندي او عند قومك فلما احتملت هذه
الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج في الطلاق الى النية يقع بكل واحدة منها واحدة
رجعية لان قوله انت طالق في الاولين مقتضى وفي الاخير مضمر ولو كان مظهرا يقع
واحدة واذا كان مقتضيا او مضمرا كان اولى

وكونها رجعية

وكونها رجعية اما في الاول فلانه بمنزلة قال طلقتك فاعتدي فيكون ثابتا صريحا وهو معقب
للرجعة واما في الثاني فلانه اذا نوى باستبرئي اعتدي لاني طلقتك يصير صريحا ايضا وهو معقب
للرجعة لا محالة ايضا واما في الثالث فلانه اذا نوى به انت طالق طلقة واحدة يكون ايضا صريحا
ولو قال انت طالق طلقة واحدة يكون رجعيا فكذا هنا قال صاحب الهداية ولا معتبر باعراب
الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب انتهى
يعني سواء قال انت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون هو الصحيح وقال بعض المشايخ يقع
الطلاق اذا نصبت وان لم ينو لكونها صفة للطلقة لا محالة واما اذا رفعت فلا يقع
وان نوى لانها لا تكون صفة بشخصها وان اسكنت فهو محتاج الى النية لاحتمال الامرين
ولا يصح منها نية الثلاث لان قوله انت طالق ثبت مقتضى او مضمرا على ما بينا ولو كان
مصرحا لم يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث فكذا اذا كان مقتضى او مضمرا فان قيل المصدر
لما كان مضمرا في قوله اعتدي طلاقا وجب ان يصح نية الثلاث قلنا التنصيص على الواحدة
ينافي نية الثلاث كذا في الكافي يقول الفقير رحمه الله علامة البحث الذي وردناه على
كلام صاحب البداية قبيل فصل الطلاق قبل الدخول تدبر وما سواها اي
ما سوى هذه الالفاظ الثلاثة من الفاظ الكناية يقع بها اي بما سواها وتانيث الضمير
باعتبار ان ما سواها عبارة عن الالفاظ واحدة بائنة اذا نوى بها الطلاق او دل
عليه الحال الا ان ينوي ثلاثا فيقعن لان البينونة خفيفة وغليظة فايهما نوى صح
ولا يصح نية الثنتين لانها عدد واللفظ لا يدل على العدد على ما مر غير مرة وفيه خلاف
زفر وهي اي الفاظ الكناية ما عدا الثلاث المذكورة باين بتة بتلة حرام برية حبلك
على غاربك الحقي باهلك وهبتك لاهلك سرحتك فارقتك امرك بيدك قال
المولى سعدي افندي لا يخفى عليك ان قوله امرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب
ذكره المقام ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم انه يقع
الطلاق وافتى به فحرم حلالا نعوذ بالله تعالى من ذلك اختاري يقول الفقير
ان هنا كذلك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام تدبر انت حرة
تقنعي تخمري استتري اغربي اخرجي اذهبي قومي ابتغي الازواج قوله باين اسم فاعل
من البينونة والبتة والبتلة بمعنى القطع والمراد هنا معنى المفعول مبتوتة مبتولة
وحرام ابسم وخلية من الخلو وبرية من البراءة وحبلك على غاربك اي اذهبي
حيث شئت والغارب ما بين السنام والعنق والعرب اذا ارسلوا الناقة
يجعلون حبلها على غاربها فصار عبارة عن الارسال والحقي باهلك ووهبتك
لاهلك يحتملان الطلاق وغيره وهو ظ وسرحتك قريبة معنى حبلك على غاربك
لان العرب يقولون سرحت اهلا ارسلت وفارقتك ظ وامرك بيدك واختاري
من باب التفويض وانت حرة اي عن رق النكاح وتقنعي اما من القناع اي اقنعي بما
رزقك الله من امر المعيشة اومن القناع وهو الخمار وتخمري اي البسي الخمار
واستتري ظ واغربي بالغين المعجمة والراء المهملة من الغربة وروي بالعين المهملة
والزاي المعجمة من العزوبة واخرجي من الخروج واذهبي من الذهاب وقومي من القيام
وابتغي الازواج اي اطلبها ثم انهم قالوا الكنايات ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا
وهي امرك بيدك اختاري اعتدي وما يصلح جوابا وردا لا غير وهو اخرجي اذهبي
اغربي قومي تقنعي استتري تخمري ابتغي الازواج الحقي باهلك حبلك على غاربك
وهبتك لاهلك اما صلاحيتها للجواب فظاهرة واما للرد فبان يريد الزوج بقوله
اخرجي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واغربي وقومي واما تقنعي فبان يريد
اقنعي بما رزقك الله من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق او اشتغلي بالتقنع الذي
هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار

واما ابتغى الازواج فبان يريد اطلبى النساء اذ الزوج مشترك بين الرجل والمرأة ولا تطلبي الطلاق واما الحقي باهلك فبان يريد الحقي باهلك لان اذنت لك في زيارة اهلك ولا تطلبي الطلاق وحبلك على غاربك يعني اذهبي حيث شئت لئلا تطلبي الطلاق قالوا وكذلك سرحتك ووهبتك لاهلك وما يصلح جوابا وشتما وهي خلية برية بتة بتلة باين حرام فارقتك واما احتمالها الجواب فظاهر واما احتمالها الشتم فلجواز ان يراد انت خلية من الخير لا عيادة لله وبرية عن طاعات الله تعالى والمحامد وبتة وبتلة وباين يعني منقطعة من كل رشد او عن الاخلاق الحميدة وفارقتك مفارقة صورية لانك اسوأ خلقا وحرام اي انت حرام الصحبة والعشرة لانك اسوأ خلقا ايضا والاحوال ايضا ثلاثة حال الرضا وحال مذاكرة الطلاق بان تسأل هي طلاقها او غيرها طلاقها وحال الغضب ففي حال الرضا لا يقطع الطلاق في الالفاظ كلها الا بالنية والقول قول الزوج في ترك النية مع اليمين لانه محتملها ولا دلالة فيها على الطلاق قطعا وعن هذا قال فلو انكر الزوج النية صدق في ديانة وقضاء مطلقا اي في الاقسام الثلاثة للالفاظ حالة الرضا ولا يصدق في انكار النية قضاء عند مذاكرة الطلاق فيما يصلح للجواب دون الرد مثل قوله خلية برية اه وامرك بيدك واختاري واعتدي يعني اذا قال هذه الالفاظ عند مذاكرة الطلاق ثم قال لم انو بها الطلاق لا يصدق قضاء لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر ولا يصدق في انكارها قضاء ايضا عند الغضب فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك لان الغضب يدل على ارادة الطلاق ويصدق ديانة في انكار النية في الكل ولم يذكر حكم ما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي واذهبي وامثالها قال صاحب الهداية ويصدق فيما يصلح جوابا وردا لانه احتمل الرد وهو الادنى فيحمل عليه انتهى والحاصل انه لو انكر الزوج النية يصدق ديانة وقضاء في جميع الاقسام حالة الرضا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم ويصدق ديانة في الكل والله تعالى اعلم ولو قال ثلاث مرات اعتدي ونوى بالاول طلاقا وبالباقي حيضا صدق لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر المرأة في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له قال صاحب العناية هذه المسألة يحتمل وجوها احدها هنا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء نوى بالاول طلاقا لا غير وقعت ثلاثا لانه لما نوى بالاول طلاقا صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيتان للطلاق بهذه النية فلا يصدق في نفيها وعن هذا قال وان لم ينو بالباقي شيئا وقع ثلاث بخلاف ما اذا قال لها انت بائن بائن بائن ونوى بالاول طلاقا حيث لا يقع شيء كما ذكره صاحب العناية آنفا لانه لا ظاهر يكذبه ثم قال صاحب العناية في بيان باقي الوجوه نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت واحدة لان الحال عند الاولى لم يكن حال مذاكرة الطلاق نوى بالاولى حيضا لا غير وقعت ثلاث نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاخريين طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلاث نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان

نوى بالاولى

نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى حيضا وبالثانية والثالثة طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الوقت وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل بمذاكرة الطلاق فاعرف ذلك واسأل الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول للامين مع اليمين انتهى كلام صاحب العناية وتطلق بلست لي بامرأة او لست لك بزوج ان نوى الطلاق وكذا قوله ما انت لي بامرأة وما انا لك بزوج وقالا لا يقع لانه نفي نكاحها بهذه الالفاظ ونفي النكاح لا يكون طلاقا بل يكون كذبا لما كانت الزوجية معلومة فصار كما لو قال لم اتزوجك او قال والله ما انت لي بامرأة او سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق فانه لا يقع الطلاق فكذا هنا وله ان هذه الالفاظ تصلح انكارا للنكاح وتصلح انشاء للطلاق الا يرى انه يجوز ان يقول لست لي بامرأة لاني طلقتك كما يجوز ان يقول لست لي بامرأة لاني ما تزوجتك فاذا نوى به الطلاق فقد نوى محتمل اللفظ فيصح كما لو قال لا نكاح بيني وبينك ومسألة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم انه اراد به النفي في الماضي لا في الحال لان الحلف انما يستقيم في شيء يدخل فيه تردد وذا يكون في الخبر في الماضي لا فيما هو انشاء اذ الانشاء انما يكون اذا اريد به النفي في الحال وقوله لم اتزوجك جحود للنكاح فلا يحتمل الانشاء اذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال بقوله هل لك امرأة علم انه اراد به النفي في الماضي كذا في الكافي والصريح يلحق الصريح اي لو قال للمدخول بها انت طالق ثم قال انت طالق في العدة يقع الثانية ايضا ويلحق الصريح البائن اي قال لامرأته انت بائن ثم قال في العدة انت طالق يقع الثانية ايضا او ابانها بان خالعها ثم طلقها في العدة يقع الثانية ايضا خلافا للشافعي فانه يقول لا يلحق الصريح البائن ووجهه وجوابنا مذكور في الكافي والبائن يلحق الصريح اي لو قال للمدخول بها انت طالق ثم ابانها في العدة يقع الثانية ايضا لا يلحق البائن البائن اي لو قال للمدخول بها انت بائن ثم قال في العدة انت بائن لا يقع الثانية الا اذا كان البائن معلقا بالشرط فانه يلحق البائن يعني لو قال ان دخلت الدار فانت بائن ينوي الطلاق ثم ابانها فدخلت الدار وهي في العدة وقع عليها طلاق اخر عندنا وعند زفر لا يقع شيء فانه قاس المعلق على المنجز والفرق ان المعلق صادف المحل وهو انشاء لا خبر لان تعليق الخبر بالشرط لا يستقيم فيقع عند وجود الشرط لبقاء المحل بخلاف المنجز لانه يمكن حمله على الاخبار عن قطع الوصلة فلا حاجة الى جعله انشاء بخلاف الصريح لانه تعالى نص على وقوعه بعد الخلع بقوله فان طلقها وقد قال عليه السلام المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة كذا في شرح الكنز والكافي

باب التفويض

اي تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب واحد لان الاصل تصرف المرء بنفسه واذا قال الزوج لها اختاري ينوي به الطلاق فاختارت نفسها في مجلسها الذي علمت به اي بقوله اختاري فيه ان حضر المجلس بانت بواحدة قال صاحب العناية والحاصل ان فيه قياسا واستحسانا فالقياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء وان نوى وهو لا يملك شيئا لا يملك تمليكه لغيره

لكنهم استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين لانهم قالوا اذا
خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل
من غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع وقيد بقوله ينوي به الطلاق لانه من كنايات الطلاق
فلا يعمل بلا نية وقيد المجلس بقوله الذي علمت به لانه ان قال اختاري في مجلس فلم تسمع
المرأة ذلك لم يعتبر ذلك المجلس بل الاعتبار للمجلس الذي بلغ التفويض اليها ولا تصح
نية الثلاث لان الاختيار لا يتنوع لانه ينبئ عن الخلوص وهو غير متنوع الى الغليظة
والخفيفة بخلاف الابانة لان البينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة فايهما نوى صحت نيته
وان قامت المرأة منه او من مجلس علمها به او اخذت اي شرعت في عمل اخر بطل خيارها
فمجلس الاكل غير مجلس القتال ومجلس القتال غير مجلس البيع والشراء حتى قالوا لو كانت في صلاة
مكتوبة او وتر فاتمتها ثم شرعت في التطوع يبطل المجلس وان كانت في التطوع فلم تسلم
على رأس ركعتين وشرعت في الثالثة يبطل خيارها وعن محمد اذا كانت تصلي الاربع
قبل الظهر فاتمها اربعا لا يبطل وهو الصحيح ولا بد من ذكر النفس او الاختيارة في
احد كلاميهما حتى لو قال اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لا يقع شيء لان وقوع
الطلاق بهذا اللفظ عرف بالاجماع والاجماع ورد في المفسر من احد الجانبين
ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات
يحتمل المعنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام ولفظ التطليقة كالنفس في
الاختيار كذا في النهاية وان قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي بلفظ
المضارع او اخترت نفسي بلفظ الماضي تطلق اذا نوى الزوج والقياس ان لا تطلق
في الاول لان هذا مجرد وعد او يحتمل مجرد الوعد فلا يعتد به
فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق فيه
فكذا هنا وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى
يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن
واسرحكن سراحا جميلا الاية بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة
رضي الله عنها فقال اني مخبرك بامر فلا تعجلي حتى تستشيري ابويك ثم اخبرها
بالاية فقالت افي هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله فاعتبره النبي
عليه السلام جوابا منها وان كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة
في الحال ويجوز في الاستقبال والحقيقة يمكن ان يكون مرادة هنا فلا يصار الى التجوز
كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا
عبده ورسوله يعتبر ذلك ايمانا منه لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال
اشهد بكذا بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثمه حالة
قائمة بالمتكلم حتى يقع قوله انا اطلق نفسي حكاية عنه من حيث انه لا يتاتى بالقلب دون اللسان
ولم يصح نقل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد
والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه مع ان الحكاية تقتضي التغاير ولا مغايرة بين فعل اللسان
وبين فعل قائم باللسان حتى تصح الحكاية ولكن انا اختار نفسي حكاية عن حالة
قائمة بالقلب وهو اختيارها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان
حكاية عن امر قائم بالقلب لا محالة تدبر قال صاحب العناية واعترض شراح الهداية
على قول صاحب الهداية ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال لان النحويين
اتفقوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالوضع
واجاب صاحب النهاية عنه وتابعه غيره بان احد المعنيين للمشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى
وقد وجد هنا دلالة ارادة الحال به اما لغة او العرفية والشرعية تدل على ان مثل هذه
الصيغة للحال بقول الرجل فلان يختار كذا وانا اعلم كذا في اللغة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة
انتهى جواب النهاية

ثم قال صاحب العناية وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل
قال مولانا الفاضل سعدي افندي لا يخفى ان جواب صاحب النهاية جواب بتغيير
الدليل وبمثله الكتب مشحونة انتهى يقول الفقير يريد ان جواب صاحب النهاية ليس جوابا
عن الاعتراض بل هو جواب لوجه القياس وهو قوله لان هذا مجرد وعد او يحتمل لا
لكن هنا الاعتراض متوجها على جواب صاحب الهداية غرض صاحب النهاية الجواب وان سلمنا
انه مشترك باتفاق النحويين لكن هنا قرينة على ارادة الحال من معنييه ولا مشاحة فيه بل الكتب
مشحونة بمثله تدبر ثم قال مولانا المزبور بل لنا ان نقول قول صاحب الهداية ولان هذه
الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال اشارة الى منع المقدمة القائلة في وجه القياس
ان هذا مجرد وعد او يحتمل مع السند فحاصل جواب النهاية ان ما ذكره المعترض كلام
على السند الاخص انتهى يقول الفقير حاصله ان مراد صاحب الهداية من قوله ولان هذه
الصيغة حقيقة في الحال اه مناقضة اشارة الى منع المقدمة القائلة لان هذا مجرد وعد او
مع السند اي ثم ان هذا مجرد وعد ومحتمل له لا يجوز ان يكون حقيقة في الحال مجازا في الاستقبال
ولا يصار الى المجاز مع امكان ارادة الحقيقة فيكون حاصل جواب النهاية ان اعتراض باتفاق
النحويين كلام على السند الاخص وهو لا يفيد على ما تقرر في موضعه واخص السند على المنع
هنا مسلم لمن له تتبع على انه يمكن ان يقال اراد صاحب الهداية الحقيقة بحسب
الوضع العرفي الطارئ على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف اتفاق النحويين
من ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال فان ذلك بحسب الوضع الاصلي
على ما ذكره النحويون ثم قال صاحب العناية بعد الطعن بكلام صاحب النهاية اقول
بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحويين فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة
الاصول ووظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فبقي اهل البيان ومن كتبهم
واهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال صاحب الهداية ومنهم من قال بالعكس
ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء وصاحب الهداية منهم لا محالة والقول
بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى
انتهى قال مولانا سعدي افندي في قوله بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوية
اقول فيه بحث فان النقل عن النحويين اشتراك الصيغة ولا شك انه بحث لغوي
وهم من ائمة اللغة يعتمد عليهم في نقلهم الاكون حقيقة او مجازا انتهى يقول الفقير انا
اطنبت الكلام في هذا المقام لانه مطلب شريف يشكل على الافهام والعذر مقبول
عند الكرام والعلم في الحقيقة الى الملك العلام وان قال لها ثلاث مرات اختاري
فقالت اخترت الاولى او اخترت الوسطى او اخترت الاخيرة يقع الثلاث عند ابي
ح بلا نية من الزوج اتفاقا لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو
الذي يتكرر فكان متعينا ولا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام قال صاحب البداية
وفيه نظر لان محمدا لم يتعرض لعدم الاحتياج الى النية لا في المبسوط ولا في الجامع الصغير
وهذا لم يذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكذا لم يذكر صاحب المختلف وانما
ذكره الصدر الشهيد والعتابي في شرحيهما للجامع الصغير والظاهر ان النية شرط
لان الاختيار ليس من الفاظ الطلاق الصريح والتكرار لا يدل على الطلاق لانه قد يكون
للتاكيد ولهذا شرط النية في الجامع الكبير فقال وابو المعين النسفي جزم صريحا باشتراط
النية في شرح الجامع الكبير مع وجود التكرار انتهى قال ابن ملك في شرح
مجمع البحرين المذكور في البدائع والمحيط والزيادات ان النية شرط فيها وفي المجمع
ينبغي ان يكون حذف النية فيها لشهرتها لا لانها ليست بشرط انتهى وعندهما
يقع واحدة بائنة لان الاولى والوسطى والاخيرة اسم لفرد مرتب وليس المحل الترتيب
فيلغو الترتيب ويبقى الافراد فكانها قالت اخترت التطليقة الاولى

لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار لي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة
الاولى تطليقة كما صرحت بذلك وبذلك يقع واحدة فكذا هنا وكذا اذا قال
اخترت الوسطى او الاخيرة ولابي حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه
كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا اخر وانما
الترتيب في فعل الاعيان فيقال هذا جاء اولا وهذا جاء اخرا وكلما لا ترتيب فيه يلغو
فيه الكلام الذي هو الترتيب وهو الاولى او اختارها واذا لغا اللفظ من حيث
الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بل لانه الاشتقاق
لان الاولى تانيث الاول وهو اسم لفرد سابق على شيء فيحصل الترتيب والوسطى
تانيث الاوسط وهو اسم لفرد متوسط بين شيئين وبه يحصل الترتيب والافراد
ضرورة واذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء واذا لغا في حقهما بقي قولها اخترت
وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث سواء قالت اخترت الاولى او قالت اخترت
الوسطى او قالت اخترت الاخيرة قال صاحب العناية وفيه نظر من وجهين احدهما
انه اطلق الكلام على الاولى والوسطى والاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني
ان الاولى اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه مفهوما من وضع
والجواب عن الاول ان اهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة
المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب
ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني ان كلا من ذلك صفة والصفة ما دل على ذات
باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى والاول الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح
ان الترتيب اصل والافراد ضرورة لان الصفة لا تقوم الا بالذات الخ انتهى
الزوج في الحجرة وهذا كما ترى معنى دقيق جزانا الله عن المحصلين خيرا انتهى
ذكر صاحب العناية قال صاحب الكافي فان قيل ينبغي ان لا يقع شيء لانه لما لغا
ذكر الترتيب بقي قولها اخترت وبهذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم يقل اخترت نفسي
قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه ما يدل
على ذلك وهو قوله اختاري ثلاث مرات ولو قالت في جواب قوله اختاري ثلاثا
اخترت اختيارة وقع الثلاث اتفاقا لانها للمرة فصار كانها قالت اخترت
نفسي مرة واحدة او بمرة فهناك يقع الثلاث لان الاختيار مرة انما يتحقق اذا اختارت
نفسها بثلاث فكذا هنا ولان الاختيارة للتاكيد اذ المصدر انما يذكر للتاكيد
وبدون التاكيد يقع الثلاث فمعه اولى ولو قالت في جوابه ايضا طلقت نفسي
او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة في الاصح لانها انما تتصرف بحكم
التفويض والزوج ملكها الاختيار وهو من الكنايات فيكون تفويضا في البائن
بينهن الابانة وقيل طلقت واحدة ويملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قولها
طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب الانطلاق بالبينونة بعد انقضاء
العدة لكونه من الالفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند
الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا
للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة اجيب بانها تصير كانها
اختارت نفسها بعد انقضاء العدة فكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها
بعد العدة ثم ان القائل بكونها رجعية صاحب الهداية حيث قال ولو قالت قد
طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة
لكن قال صاحب العناية قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب والاصح الرواية
فهي واحدة لا يملك الرجعة لان رواية المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع
الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الهداية انتهى

قال صاحب الدرر

قال صاحب الدرر قيل فيه روايتان احديهما وقوع واحدة رجعية لان لفظها صريح ذكره صدر الاسلام
في الجامع الصغير والاخرى وقوع البائنة وهذا اصح انتهى يقول الفقير فيكون صاحب الهداية
اختار رواية صدر الاسلام والحمل على الرواية اولى من الحمل على الغلط وكيف يحمل عليه وقد علل بما
يفيد وقوع الرجعي كما بينا انفا حاصل تعليله ولو قال امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة
فاختارت نفسها وقع واحدة رجعية لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة
قيل وعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله
طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف
من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار وهنا يصلح بالعكس لكون
الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر لها
باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع
اخترت جوابا له ولو قال امرك بيدك ينوي به ثلاثا فقالت اخترت نفسي بواحدة او مرة
واحدة وقع الثلاث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية
الدلالة على الثلاث اما الاول فلان الاختيار يصلح جوابا بالامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا واما كيفية الدلالة على الثلاث
فلان الواحدة صفة الاختيار فصار كانها قالت اخترت نفسي مرة واحدة او باختيارة
واحدة وبذلك يقع الثلاث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي اختيارة واحدة
حين نوى الزوج الثلاث فقد فوض اليها ذلك وان قالت في جواب امرك بيدك طلقت نفسي
واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فواحدة بائنة لما مر ان المعتبر تفويض الزوج لا ايقاعها
والتفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتكون الصفة
المذكورة في التفويض وهي البينونة مذكورة في الجواب ضرورة الموافقة وكونها واحدة
لما في الثاني من معنى الوحدة ولو قال امرك بيدك اليوم وبعد غد لا يدخل الليل فيه
حتى لا يكون لها الخيار بالليل لان كل واحد من اليومين مذكور صريحا واليوم المفرد لا يتناول ول
الليل وان ردته في اليوم لا يرتد بعد غد يعني ان ردت الامر في يومها بطل الامر فيه
وكان امرها بيدها بعد غد لانه لما ثبت انهما امران منفصلان لانفصال وقتهما
ثبت لها الخيار في كل من الوقتين على حدة فرد احدهما لا يرتد الاخر يقول الفقير
وفي هذا المحل من الهداية تخليط بين ما عند رحمه الله على فهم الطالبين ان شئت فراجعه
وان قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل اذ لم يتخلل بين الوقتين وقت من جنسهما
لم يتناولهما الامر فكان امرا واحدا وتخلل الليل لا يفصلهما لان القوم قد يجلسون للمشورة
فيهجم الليل ولا ينقطع مشورتهم ومجلسهم وان ردته اليوم لا يبقى الامر في يدها غدا
لما مر انه امر واحد فلا يبقى لها الخيار بعد الرد كما اذا قال لها امرك بيدك اليوم
فردته في اول النهار لا يبقى لها الخيار في اخره وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم
لها ان تختار نفسها غدا ولو مكثت بعد التفويض يوما ولم تقم من المجلس ولم تاخذ
في عمل اخر او كانت قائمة فجلست او جالسة فاتكات او متكئة فقعدت او
على دابة فسيرت فوقفت او دعت اباها للمشورة او دعت شهودا للاشهاد
لا يبطل خيارها اما اذا مكثت بعد يوما ولم تقم من المجلس ولم تاخذ في عمل اخر فلان
المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله
مكثت يوما ليس للتقدير باليوم لانه لو زاد على اليوم ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق
وقولنا ولم تاخذ في عمل اخر اراد به عملا يعرف به انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل
واما اذا كانت قائمة فجلست فلانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي
وكذا اذا كانت جالسة فاتكات او متكئة فقعدت لان هذا
انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت

قال صاحب الهداية هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة
فاتكأت فلا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول اصح
ولو كانت قاعدة فاضطجعت فيه روايتان عن ابي يوسف وان كانت تسير
على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها واما اذا دعت اباها للمشورة فلان
الاستشارة لتحري الصواب فلا يكون اعراضا واما اذا دعت شهودا فلانها
للتحرز عن الجحود والانكار فلا يكون دليل الاعراض وان سارت دابتها بطل خيارها
لان سير الدابة ووقوفها مضافان الى الراكب لا السفينة فهي ابيت الراكب فيها اي الفلك
لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر على ايقافها
ولو قال لها طلقي نفسك ولم ينو او نوى واحدة فطلقت وقعت رجعية لان المفوض اليها
صريح الطلاق وكذا لو قالت في جواب طلقي نفسك ابنت نفسي لانها قالت في جواب
طلقي نفسك وليس لها ايقاع البائن بل مطلق الطلاق فبطلت الابانة في قولها ابنت نفسي
وبقي مطلق الطلاق وهو رجعي وعند ابي حنيفة لا يقع شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها كما في
الاختيار وان طلقت ثلاثا بعد ما قال الزوج طلقي ونواه وقعن لان معنى طلقي نفسك
افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الاقل مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس
فلهذا تعمل فيه نية الثلاث وينصرف الى الواحدة عند عدمها ولغت نية الثنتين
لان الثنتين عدد لا يحتمله اللفظ وقد مر آنفا الا اذا كانت المنكوحة امة لان الثنتين
جنس في حقها ولو قالت اخترت نفسي لا تطلق لانه ليس من الفاظ الطلاق ولا يملك
الرجوع بعد قوله طلقي نفسك لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين
تصرف لازم ويتقيد بالمجلس يعني لو قامت من مجلسها بطل لانه تمليك فيقتصر على
المجلس الا اذا قال متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى
عامة في الاوقات فصار كما اذا قال لها في وقت شئت ولقائل ان يقول التمليك
في هذه الصورة موجود او لا فان كان الثاني لا تقدر على الطلاق وليس كذلك
وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على
المجلس من احكام التمليك والحكم قد يتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة
تخصيص العلة وموضعه الاصول كذا في العناية قال الكوسعي اقول الاظهر
ان يقال والحكم قد يتخلف وقد سبق ان في الامر باليد معنى التعليق بمشيئتها او وراء المجلس انتهى
ولو قال لها طلقي ضرتك او لآخر طلق امرأتي يملك الرجوع ولا يتقيد بالمجلس لانه توكيل
وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع كما هو حكم التوكيل بخلاف قوله
لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا قال صاحب العناية
وفي هذا المحل مطالبتان احديهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك
وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي
ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني
بالتوكيل والجواب عن الاول ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما في وجوده تردد ووجود الطلاق
الصرف اذا فوض اليها ارتكاب لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح شرطا والجواب عن
الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة
في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج
وفيه نظر لانها في طلاق الضرة اعمل لنفسها منها في الطلاق نفسها ولان
الصورتين اما ان تكونا من باب المشيئة او لا والاول يستلزم التمليك او سلوك
التوكيل او التحكم الباطل انتهى كلام صاحب العناية الا اذا زاد ان شئت
يعني اذا قال لامرأته طلقي ضرتك ان شئت او لآخر طلق امرأتي ان شئت فلها
وله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول

سوا

سوا لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه تصرف عن مشيئة لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها
وفعل اختياري واذا انسلخ بالكلية الثاني توكيلا كالاول فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له
بعه ان شئت يعني اذا قال لامرأته طلقي ضرتك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي
يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق ولو قال
لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقع واحدة لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك
ايقاع الواحدة ضرورة لان مالك الكل مالك لكل اجزائه وفي عكسه لا يقع شيء يعني لو قال
لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة وعندهما يقع واحدة
لانها اتت بما ملكته وزيادة فيقع ما ملكته ويلغو الزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا
ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها ومن ثم كذلك كانت مبتدئة كما قال لها طلقي نفسك
فطلقت ضرتها فيتوقف على الاجازة فان قيل قد ثبت في مذهبنا اهل الحق ان الواحد من
العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاث يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه
اثباته للتغاير بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة واما الثلاث هنا فمعدومة
والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة ولو طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة
لا يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد
الشرط فلم يقع شيء لان اجزاء المشروط لا تنقسم على اجزاء الشرط وكذا لا يقع شيء
في عكسه يعني لو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا لا يقع عند
ابي حنيفة لان مشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة كايقاعها للواحدة فلم يوجد الشرط
ولو امرها بالبائن او الرجعي فعكست وقع ما امر به معنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي
نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة
رجعية لغو منها لان الزوج عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل
دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج
بائنا ومعنى الثاني ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول
طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف فيلغو الوصف
ويبقى الاصل ولو قال انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شاء فلان سقط امرها
بفوت الطلاق لا يقع شيء لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي اتت بالمعلقة فكانت
وقد اشتغلت بما لا يعنيها فلم يوجد الشرط فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت
وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية
لا تعمل في غير المذكور حتى لو قالت شئت طلاقي فيقع اذا نوى الزوج ايقاع به لان المشيئة
تنبئ عن الوجود لان المشيئة في الاصل ماخوذة من الشيء وهو اسم للموجود فكان قولها شئت
بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف قولها اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود
لان الارادة في اللغة عبارة عن الطلب قال النبي عليه السلام الحمى رائد الموت اي طالبه
فان قيل مذهب علمائنا في اصول الدين ان الارادة والمشيئة واحد بلا تفرقة
فالجواب انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله
ما شاء كان لا محالة وكذا ما يريد بخلاف العباد قال صاحب البيانية قال
شمس الائمة السرخسي المشيئة في صفات المخلوقين اتم في اللغة من الارادة الا ترى
ان المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة قال الله تعالى فوجدا
فيها جدارا يريد ان ينقض فاقامه فاقول هذا الذي قاله من الفرق بين الارادة والمشيئة
ضعيف لان اهل اللغة لم يفرقوا بينهما وقد صرح اصحابنا في كتب الكلام ان لا فرق عند اهل
السنة بين الارادة والمشيئة وقول شمس الائمة ان المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء
فيه نظر لان ابن السكيت انشد في الاصلاح
يا مرحباه بحمار عفراء اذا اتى قربته لما شاء من الشعير والحشيش والماء انتهى

وعندهما يقع واحدة

وكذا لا يقع شيء لو علقت المشية بمعدوم يعني لو قال الزوج انت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا لامر معدوم بعد فقال شئت لم يقع شيء لان الذي اتت بها المرأة مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان علقت بموجود او لو قالت شئت ان كان كذا لامر قد مضى وقع الطلاق لان التعليق بشرط كائن تنجيز فهل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعل وليس كذلك واجيب بان بطلان الثاني ممنوع لانه روي عن محمد بن مقاتل الرازي انه يكفر فيطرد الاصل ولئن سلمنا انه لا يكفر وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله فنقول انما لا يكفر لان الكفر انما يكون بتبدل الاعتقاد وهو بهذا الكلام لم يقصد تبديل الاعتقاد بل قصد ان يصدق في مقالته هـ

ولو قال انت طالق متى شئت او متى ما شئت او اذا شئت او اذا ما شئت فردت الامر لم يرتد ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلو ردت لم يكن ردا يعني لو قالت لا اشاء كان لها ان تشاء بعده لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد واما كلمة اذا واذا ما فهما ومتى ومتى ما سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله ان كانت يستعمل للشرط للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك واعترض عليه بانه ينبغي ان يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحا للرد والجواب انه يحمل على الشرط ان لو كان الشرط صادرا من صاحب التعليق تصحيحا لتصرفه ونعني لسنا نقض ولها ان تطلق واحدة متى شاءت ولا تزيد لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق ثلاثا متفرقا لا مجتمعا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا يملك الايقاع جملة وجمعا كذا في الهداية هـ قيل معناهما واحد وقيل الجملة ان تقول طلقت نفسي ثلاثا والجمع ان تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظاهر كذا في العناية قال صاحب الكافي فان شاءت الثلاث جملة لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله ووقعت واحدة عندهما ولا بعد زوج اخر لان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج اخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث ولو قال انت طالق حيث شئت او اين شئت لا تطلق ما لم تشأ في مجلسها وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فيجب اعتباره خصوصا وعموما فان قيل انا لغينا ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الساعة اجيب بان حيث واين يفيدان ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في تحقيق معنى التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط فما بالهما يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس لو جعلا مجازا عن حرف ان واما اذا جعلا مجازا عن اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لانها المحض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى هـ ولو قال انت طالق كيف شئت فان شاءت موافقة لنيته رجعية او بائنة او ثلاثا وقع كذلك لان عنده لا تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته

وان خالفا

وان خالفا بان ارادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة او على القلب يقع طلقة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وكذا يقع رجعية ان لم تشأ وعندهما لا يقع شيء وان لم يكن له نية يقع ما شاءت المرأة قال صاحب العناية اختلف علماؤنا رحمهم الله فيما اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيتها اولا فقال ابو حنيفة رحمه الله لا يتعلق بل يقع طلقة واحدة ولا مشية لها ان لم يدخل بها وان دخل وقعت تطليقة رجعية والمشية اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان ينوي الزوج شيئا او لم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذاك وان اختلفتا بان شاءت بائنة والزوج ثلاثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا يتعلق اصل الطلاق بمشيتها فلا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء واذا شاءت وقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقة فلا بد من تعليق الاصل بمشيتها ليثبت لها المشية في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في الوصف يستدعي وجود الاصل والا لكان كيف لطلبه و ليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظ وهنا سؤال مشهور وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بسائر التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة يحتاج الى النية لتعيين احدهما ونقض الطحاوي ان للمرأة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلاثا في قول ابي حنيفة رحمه الله قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال فما قرعوا سمعي بجوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة لهذا التفويض بسائر التفويضات لان كونه تفويضا وذلك ليس بمانع لوجود الفارق وهو ان المفوض هنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر انتهى كلام العناية ولو قال انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت ما شاءت لانهما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت في المجلس لا بعده فان قامت من المجلس بطل لان هذا امر واحد وتمليك في الحال لانه ليس في كلامه ذكر الوقت فيقتضي الجواب في الحال وان قال طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق ما دون الثلاث لا الثلاث عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد يستعمل للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد يكون للتبعيض وقد يكون لغيرهما كما عرف فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة في التبعيض وما للتعميم فيعمل بكل منهما من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانها بالنسبة الى الواحدة عامة وبالنسبة الى الثلاث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحدة لانه ليس بعام اجيب بانه يتناول لانها لما ملكت الثنتين بحكم الامر ملكت الواحدة ولانه وان كان العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وفيما استشهدا به يعني قوله كل من طعامي ما شئت ترك التبعيض بدليل حال وهو اظهار السماحة والله اعلم

باب التعليق

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد

انما يصح التعليق في الملك كقوله لمنكوحته ان زرت فانت طالق او مضافا الى الملك
كقوله لاجنبية ان نكحتك فانت طالق فيقع ان نكحها وانما اشترط احدهما لان الجزاء لابد
من كونه محققا لتحقق معنى اليمين وهو التقوية على منع النفس ولولا الملك في الحال ولا
اضافة اليه لا حصل الفائدة المطلوبة من اليمين اذ لاجزاء في ملكه في الحال حتى يحترز عن الشرط
ولا اضافة الى الملك حتى يحترز عن تحصيل الملك فاذا لم يفد اليمين فائدتها لم ينعقد اصلا
وفي الثاني خلاف الشافعي ولو قال بدون الفقرة الاولى فلو قال بالفاء يكون تفريعا لما قبله
للاجنبية اذا زرت فانت طالق فنكحها فزارت لا تطلق لعدم الملك ولا الاضافة
ثم اعلم ان الحلف باسم من اسماء الله تعالى وصفاته يمين عند اهل اللغة والفقهاء
جميعا واما التعليق بالشرط فيمين عند الفقهاء ولا يسميه اهل اللغة يمينا قال صاحب
النهاية وانما سمي الحلف يمينا لان الحالف يتقوى على حمل نفسه على الفعل او منعها
حيث يحترز ان يلحقه لزوم الكفارة عند الحنث ولهذا سمي باليمين ايضا ذكر الشرط والجزاء
معنى الحمل والمنع فيه حيث يحترز ان يلزمه الجزاء والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل
وكلما ومتى ومتما عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم
لان عامتها اسماء ولم يعد اصل حروف الشرط وضعا وهو لو لانه قد تقدم ان التعليق
يمين يعقد للحمل او المنع وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع
غيره في الماضي فاذن لم يكن لو مدخل في ذلك كذا قاله صاحب العناية ثم نقل جواب صاحب
النهاية وهو قوله لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى
فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم يلزم دخول الفاء في جزائها بخلاف كلمة لو
ثم قال وهذا لا مدخل له في علم الفقه انتهى بالفقرة والحق ان جواب صاحب النهاية لا يتمشى
اصلا كما لا يخفى ليت شعري لم قال ثم ان وجه تسمية هذه الالفاظ بالفاظ الشرط ان الشرط
بسكون الراء مشتق من الشرط بالتحريك الذي هو بمعنى العلامة وهذه الالفاظ ما يليها
الافعال غير كلمة كل فتكون علامة على الحنث وفي هذا المحل نظر ومنع في العناية فراجعه
ثم ان كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا
حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به جزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط
لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قوله كل عبد اشتريه فهو حر ففي جميعها اي جميع هذه الالفاظ
اذا وجد الشرط انتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فتوجد الفعل مرة يتم
الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلما فانه يقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت
جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار فانها اي اليمين تنتهي فيها اي في كلما
بعد الثلاث لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط
والجزاء فاذا انتفى الجزاء ينتفي الكل وفيه خلاف زفر ما لم تدخل كلمة كلما على التزوج
فلو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق تطلق بكل تزوج ولو بعد زوج آخر
لان انعقادها باعتبار الملك عليها في التزوج وفي للتعميم خصوصا وان قال
كلما دخلت فانت طالق لا تطلق بعد الثلاث وزوج آخر للعلة التي ذكرناها
وهي قولنا لان الجزاء طلقات هذا الملك اه وزوال الملك لا يبطل اليمين لما مر
ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا
باق لبقاء المحل وهي المرأة فيبقى اليمين كما كانت في محلها وهي ذمة الحالف
فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرطه قيام الملك وهو ليس بموجود
فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في البقاء يمينا واليمين يحتاج الى
الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقاء اولى لان البقاء
اسهل من الابتداء والملك شرط لوقوع الطلاق لا لانحلال اليمين فان وجد
الشرط فيه اي في الملك انحلت اليمين ووقع الطلاق

يعني اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين م

اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين
فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين والا اي وان لم يوجد
الشرط في الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولا يقع شيء لانعدام المحلية وحاصل
هذا المحل انه اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت الدار
انحلت اليمين ووقع الطلاق واذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم ابانها
فدخلت الدار انحلت اليمين ولا يقع الطلاق ثم اذا تزوجها ثانيا فدخلت الدار
لا يقع شيء ايضا لانحلال اليمين بالدخول اولا وتوقع غير الملك وان اختلفا في وجود
الشرط فقال الزوج لم يوجد الشرط وقالت المرأة قد وجد فالقول له مع يمينه لانه
متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك
الا اذا برهنت اي المرأة لانها تدعيه وفيما اي في شرط لا يعلم وجوده الا منها
كالحيض القول لها اي المرأة في حق نفسها لا في حق غيرها فلو قال ان حضت فانت
طالق وفلانة فقالت حضت وقال الزوج لم تحض طلقت هي لا فلانة والقياس
ان لا يقع اصلا لانها تدعي شرط الحنث على الزوج وهو وقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول
له ولا تصدق بلا حجة كما لو علق طلاقها بدخول الدار ووجه الاستحسان
انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها لكنها شاهدة في
حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها قال صاحب العناية وفيه بحث وهو
انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمال شمول طلاقهما او شمول عدمه لانها ان كانت
حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط
فلا يقع طلاق كل واحدة منهما واما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم
كون الشيء موجودا ومعدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت
لقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين الامانة والشهادة فرتب على ذلك
حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح
وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما
الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم
انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه
وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس في اختلاف مقتضى
وجوده وعدمه انتهى وانما قلنا وقال الزوج لم تحض لانه اذا صدقها في قولها حضت
يقع طلاقها وطلاق ضرتها وكذا لو قال ان كنت تحبين عذاب الله فانت
طالق وعبدي حر فقالت احب تطلق ولا يعتق العبد لان حبها امر باطن لا يوقف
عليها فتعلق الحكم بما دل عليها وهو الخبر منها لان احكام الشرع لا تناط بمعان
خفية بل بمعان جلية تيسيرا الا انها امينة في حق نفسها شاهدة في حق غيرها
وشهادة الفرد مردودة فتعلق الحكم في حقها باخبارها وفي حق غيرها بحقيقة الحب
فان قيل لم لم يشترط بكذبها لان محبة العذاب امر يأباه العقل قلنا احتمال
الصدق في خبرها ثابت فقد يبلغ ضيق الصدر وقلة الصبر وسوء الحال
درجة يحب الانسان فيها الموت مجانا ان نحملها شدة بغضها اياه على ايثار العذاب
على صحبته ولا يقع الطلاق في ان حضت فانت طالق ما لم يستمر الدم ثلاثا
لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا استمر الدم ثلاثة ايام وقع الطلاق
من ابتدائه لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال
ان حضت حيضة فانت طالق يقع الطلاق اذا طهرت لان الحيضة بالهاء
هي الكاملة منها وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر ولو قال ان ولدت ذكرا فانت طالق
واحدة وان ولدت انثى فانت طالق ثنتين فولدتهما ولم يدر الاول تطلق واحدة قضاء

ونظيره اقرار المديون بعض الورثة دونهم حيث يقبل في حصته لا في حصتهم لكونه متهما في حقهم والله اعلم

كما قال الشاعر فاكه جاهل يحبني نار جهنم بتر ... الحكيم باشد من الموت قال الله تعالى فتمنوا الموت

حلبي

لا يبطل

وثنتين تنزهاً وتنقضي العدة بالاخير لانها لو ولدت الغلام اولاً وقعت واحدة وتنقضي
عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع بوضع الجارية اخرى لانه لو وقع لوقع مع انقضاء العدة
والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة لانه حال الزوال والمزيل حال الزوال ولو ولدت الجارية
اولاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر لما ذكرنا انه
حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك فقضاء
وانما تقع فيه واحدة لانها ثابتة بيقين وثنتان تنزهاً وهو التباعد عن السوء يقع تطليقتان
حتى لو طلقها قبل هذه بواحدة لا يطأها حتى تنكح زوجاً غيره لاحتمال انها مطلقة
فترك وطء امرأة يحل لها وطئها خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه والعدة منقضية بيقين
لما بينا ولو علق الزوج الطلاق بشرطين كما لو قال اذا كلمت عمراً وابا يوسف
فانت طالق شرط للوقوع وجود الملك عند آخرهما فان وجدا او وجد آخرهما في
الملك وقع الطلاق ففي الصورة المذكورة ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف في الملك
او ابانها وانقضت عدتها ثم كلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف يقع الطلاق فيهما
وان وجدا او آخرهما لا فيه اي لا في الملك لا يقع الطلاق ففي هذه الصورة لو ابانها
فانقضت عدتها ثم كلمت ابا عمرو وابا يوسف او كلمت ابا عمرو ثم ابانها فانقضت
عدتها فكلمت ابا يوسف لا يقع الطلاق فيهما ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه
لا تنجيز ما دونها فلو علقها بشرط ثم نجزها اي الثلاث قبل وجوده اي وجود الشرط
ثم تزوجها بعد التحليل فوجد الشرط لا يقع شيء يعني اذا قال ان دخلت الدار
فانت طالق ثلاثاً ثم طلقها ثلاثاً قبل وجود الشرط ثم تزوجت بزوج آخر ودخل بها
ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي
المانعة عن الشرط واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية
فلا تبقى اليمين وقال زفر رحمه الله تعالى يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق
اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها بنكاحها ثانياً بعد تزوجها بزوج آخر فيبقى اليمين
فاذا وجد المحل يقع الجزاء وقولنا لا تنجيز ما دونها احتراز عما اذا علق الثلاث بشرط
ثم نجز الواحدة او ثنتين ثم تزوجها بزوج آخر ثم رجعت الى الاول ووجد الشرط
فانه يقع الثلاث عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق بما بقي من الطلاق لاجل
ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث ثم بدخولها الدار
طلقت ثلاثاً وعند محمد لا يهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث فتعود اليه بما بقي وهو
الطلقتان ان نجز الواحدة والطلقة ان نجز الثنتين وتسمى هذه مسئلة الهدم وثمرة
الخلاف لا تظهر في هذه الصورة فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول
ثم وجد الشرط يثبت عليها الحرمة الغليظة بالاتفاق اما عند محمد فلعدم الهدم واما
عندهما فانه وان وجد الهدم لكن بوجود الشرط يقع الثلاث لان الثلاث
معلقة به وانما يظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار مثلاً ثم طلقها
طلقتين فتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت تثبت الحرمة الغليظة
عند محمد لعدم الهدم ولا تثبت عندهما للتحقق قال صاحب الدرر وبهذا
يعلم ان قول الوقاية والتنجيز يبطل التعليق لا يخلو عن مسامحة
انتهى يقول الفقير فيه مسامحة لما قلنا ان مطلق التنجيز لا يبطل التعليق
بل تنجيز الثلاث يبطله على ما حققناه فلهذا زدنا قولنا لا تنجيز ما دونها
دفعاً للمسامحة عن كلامهم ولو علق الثلاث او العتق بالوطء لا يجب العقر
باللبث بعد الايلاج ولا يصير به اي باللبث بعد الايلاج مراجعاً في الطلاق الرجعي
يعني اذا كان الطلاق المعلق رجعياً ما لم ينزع ثم يولج يعني اذا قال لامرأته اذا
جامعتك فانت طالق ثلاثاً فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه العقر

ولا يصير

ولا يصير مراجعاً به في الطلاق الرجعي وان اخرج ثم ادخل وجب عليه العقر ويصير
مراجعاً في الرجعي وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة فجامعها فلما التقى
الختانان لبث ساعة لم يجب عليه العقر وان اخرج ثم اولج وجب عليه العقر
لان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولم يوجد الادخال بعد الطلاق والعتاق
ولا دوام للادخال يعني ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال
ولا دوام له بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج حيث وجب الجماع بعد الطلاق والعتاق
الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والقصد لان المجلس متحد
وقضاء الشهوة متحد فاذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء المحرم لا يخلو
عن احدهما والعقر مهر المرأة اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه
فسر الامام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير كذا في العناية وقيل العقر
هو مقدار اجرة الوطء لو كان الزنا حلالاً خلافاً لابي يوسف فانه اوجب العقر
فيما اذا لم ينزع ايضاً وجعله مراجعاً به في الرجعي لوجود الجماع بالدوام عليه يعني انه
جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتداء في الاماء قال انه لا يجب
الحد للاتحاد ايضاً ولو قال ان نكحتها عليك فهي طالق فنكحها عليها في عدة البائن
لا تطلق امرأة الجديدة يعني لو قال للتي تحته ان تزوجت عليك امرأة فالتي اتزوجها
طالق فطلق التي تحته بائناً ثم تزوج اخرى وهي في العدة لا تطلق الجديدة لان الشرط لم يوجد
لان التزوج عليها ان يدخل عليها من ينازعها في الفراش فيزاحمها في القسم ولم يوجد
وان طلقها رجعياً ثم تزوج اخرى وهي في العدة تطلق الجديدة لوجود المزاحمة
وبقاء النكاح وان وصل بقوله انت طالق قوله ان شاء الله او ان لم يشأ الله او
ما شاء الله او ما لم يشأ الله او الا ان يشاء الله لا تطلق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق
او عتاق وقال ان شاء الله متصلاً به فلا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط
فيكون تعليقاً من هذا الوجه وانه اي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط
ههنا غير معلوم لنا اصلاً لان مشية الله تعالى ليست بمعلومة للعباد فيكون اعداماً
من الاصل فيكون ابطالاً للكلام وههنا يشترط ان يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط
لكونه بيان تغيير وشرط الاتصال فلو سكت ليثبت حكم الكلام الاول فيكون
الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الاول والحال انه لا يتدارك الرجوع
بعدما ثبت حكمه ولو سكت للتنفس لا عبرة به لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولو حرك
لسانه بالاستثناء ولم يكن مسموعاً يصح عند الكرخي ولا يصح عند الهندواني
وفي الزيادات لو قال انت طالق لان الله تعالى شاء او اراد ولو قال انت طالق بامره
يقع للحال لانه يستعمل للتحقيق ولو قال في امر الله تعالى او في ارادة لا يقع لانه حرف
جاز عن الشرط كذا في ابن الملك وكذا لا يقع اذا علقه بمشية من لا يعلم مشيته من الخلق
كالملائكة والشيطان والجن وقوله ان لم يشأ الله او ما شاء الله او ما لم يشأ الله
او الا ان يشاء الله كقوله ان شاء الله وكذا لا يقع لو ماتت قبل قوله ان شاء الله
لان الكلام خرج بالاستثناء من ان يكون ايجاباً وانما بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب
وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون الاستثناء باطلاً لعدم المحل واذا بطل
الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجيب بان الايجاب لم يبطل بالموت بان
ماتت المرأة قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء فلا يبطل
بالموت لان مبطل الشيء ما ينافيه والموت مبطل وكذا الاستثناء مبطل ولا منافاة
بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه وهذا معنى ما قال صاحب
والموت ينافي الموجب لا المبطل وان مات هو اي الزوج قبل الاستثناء يقع الطلاق حيث لم يتصل به الا
قيل انما يعلم ارادة الاستثناء بقوله قبل ذلك انا اطلق امرأتي واستثني او قال انت طالق فاخذ

بحث الاستثناء

وقوله انت طالق ثلاثا الا واحدة يقع ثنتان وفي انت طالق ثلاثا الا اثنتين يقع واحدة
وفي ذكر المسئلتين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز
استثناء الاكثر ويجعل ما لم يتكلم به العرب والاصل ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا
اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء وهو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه بعد
الاستثناء وهو الاثنان في المسئلة الاولى والواحدة في المسئلة الثانية اذ لا فرق بين قول
القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه
يبقى التكلم بالبعض بعده وقولنا وهو الصحيح احتراز عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة
لاجماع اهل اللغة ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا دليل على ان حكم
يعارض حكم المستثنى منه واصحابنا ذكروا ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا واذا ثبت
الوجهان وجب الجمع بينهما فقلنا انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته
وثمرة الخلاف بينهما في الاصول ويقع في انت طالق ثلاثا الا ثلاثا ثلاث لانه لا يصح استثناء الكل
مثل ان يقول له علي عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء حتى يصير متكلما به وصار
للفظ اليه فيبقى كلامه الاول كما كان ويقع الثلاث قال صاحب العناية وقد ظن بعض
اصحابنا ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك
لانه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية تحتمل الرجوع وذكر صاحب الهداية
في زياداته ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما
اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان الاستثناء الكل من الكل من حيث المعنى
فان قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن
وان كان هو استثناء الكل من الكل انتهى ثم انهم قالوا الاستثناء انما يصح
اذا كان موصولا والمراد من الاتصال ان لا يقطع قوله ان شاء الله مثلا عن قوله
انت طالق بكلام اخر او سكوت لا للنفس وعند العطاس وفي الاستثناء المنفصل
والاصح انه لا يعتبر لا يقال قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاغزون قريشا
ثم قال بعد سنة ان شاء الله لانا نقول لا نم انه صحيح ولئن صح فنقول لا نم ان الاستثناء
كان من قوله لاغزون قريشا الذي سبق قبل سنة لانه يحتمل ان الاستثناء كان من كلام
اخر متصل به ولئن سلمنا ان الاستثناء كان منه لكن لا نم ان قصده عليه السلام كان
الى الاستثناء فلم لا يجوز ان يكون قصده عليه السلام الى الاستدراك الماموريه الغائب
في قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله كذا في البناية
وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه كان يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة اشهر
لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت يعني اذا نسيت الاستثناء المتصل فاستثن منفصلا
قال مشايخنا في تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة
وغيرهما من ان تكون ملزمة ولا يحتاج المطلق ثلاثا الى المحلل اصلا لان المطلق
يستثني اذا ندم وكذا بين اسوة رسوله عليه السلام احكام الحنث في الايمان
ولو كان الاستثناء المنفصل جائزا لا مرء حتى لا يلزمه الحنث ولا الاثم والمراد
واذكر ربك اذا نسيت فمعناه اذا لم تذكر ان شاء الله في اول كلامك فاذكره في اخره
موصولا به روي ان محمد بن اسحق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان يقرأ
عنده المغازي وابو حنيفة رحمه الله كان حاضرا عنده فاراد ان يغري الخليفة عليه ابن يغضب
فقال ان هذا يخالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال له المنصور
ابلغ من قدرك ان تخالف جدي فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك
لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فالناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون
ويستثنون ثم يخالفونك ولا يحنثون فقال نعم ما قلت
وغضب على محمد بن اسحق واخرجه من عنده هـ

حكاية نسبت الى ابي حنيفة عليه الرحمة

ولا يحنثون

باب طلاق المريض

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا
كلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر
ان المرض من العوارض المكتسبة فاخر بيانه عن بيان حكم من هو الاصل وهو الصحة
الحالة التي يصير بها الرجل فارا بالطلاق ولا ينفذ تبرعه فيها الا من الثلث هذه الحالة
ما يغلب فيها الهلاك كمرض يمنعه عن اقامة مصالحه خارج البيت كما يعتاده الاصحاء وان
كان يتكلف القيام واما الذي يذهب ويجيء في حوائجه فلا يكون فارا وقال بعضهم
اذا كان يخطو ثلاث خطوات من غير ان يستعين باحد فهو صحيح حكما في التصرفات
وهذا ضعيف لان المريض لا يعجز عن هذا القدر غالبا اذا تكلف والصحيح انه اذا امكنه القيام
بحوائجه في البيت ولا يمكنه القيام خارج البيت لا يكون مريضا مرض الموت والمرأة
اذا كانت بحيث لا يمكنها القيام بالصعود على السطح كانت مريضة والا لا كذا في النسخة
الكافي التي عندنا يقول الفقير هذا مخالف لما في اكثر المتون من ان الفار مريض عجز عن اقامة
مصالحه خارج البيت وان كان يقضيها في البيت وهو يشتكي الا
ان يقال قوله لا يكون غلط وقع من الكاتب والنسخة الصحيحة يكون بدون لا
وقال صاحب التسهيل قال ابو الليث لا يشترط كونه صاحب فراش بل العبرة للغلبة
يعني ان كان الغالب من ذلك المرض هو الموت فهو مرض الموت وان كان يخرج من البيت
وقيل المعتبر في حق الفقيه ان لا يقدر على الخروج الى المسجد وفي السوقي ان لا يقدر
على الخروج الى الدكان وفي المرأة ان لا تقدر على الخروج الى السطح انتهى
وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وعن هذا قال
ومبارزة رجلا وتقديمه ليقتل في قصاص او رجم لان الغالب من ذلك الهلاك
فيتحقق به الفرار قال صاحب الهداية ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف منها
راكب السفينة وهو بمنزلة الصحيح قال صاحب الكافي فلو انكسرت السفينة
فبقي على لوح او بقي في فم سبع فالغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار
والحامل كالصحيحة فان اخذها الطلق فهي كالمريضة لان هلاكها الا غالب
مالك اذا اخذها الطلق وعند مالك اذا مضت ستة اشهر من حين حبلت فهي كالمريضة
لانها تتوقع ساعة فساعة والمقعد والمفلوج ما دام يزداد فانه كالمريض
فان صار قديما ولم يزدد فهو كالصحيح في الطلاق وغيره انتهى فلو ابان
امرأته بغير رضاها وهي ممن ترث وهو بتلك الحال ثم مات عليها او على تلك الحال
بذلك السبب او بغيره وهي في العدة ورثت وقال الشافعي لا ترث لان الزوجية
قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية
سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق
فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها فان
قيل ان كان سبب تاخير عمله دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة
وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده اجيب بانه انما يصح ذلك اذا
امكن تاخير عمل الطلاق ولا امكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح
في العدة باق في حق بعض الاشياء من حرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت
وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها
بخلاف غير الموطوءة وما بعد زمان انقضاء العدة لان التاخير فيه غير ممكن لعدم بقاء
النكاح اصلا وقيدنا بقولنا بغير رضاها لانه اذا كان الطلاق برضاها لا ترث
وقيدنا بقولنا وهي ممن ترث لانها اذا كانت ... او كتابية لا ترث

الطلق وجع الولادة صحاح الجوهري

وانما قال فلو ابانه لانه اذا كان الطلاق رجعيا كان توريثا منه باعتبار ان حكم النكاح باق
من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بقوله وهي في العدة لانه ان مات بعد انقضائها لم ترث كما بينا
وقال مالك ترث امرأة الفار بعد العدة قبل ان تتزوج بزوج اخر لقول ابي رضي الله عنه
انها ترث ما لم تتزوج ولنا ما روي عن عمر وعائشة رضي الله عنهما ان امرأة الفار ترث ما دامت
في العدة والترجيح لنا بقوله عليه السلام اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر
وكذا ترث لو طلبت من المريض رجعية اي طلقة رجعية فطلقها ثلاثا لان الطلاق الرجعي
لا يزيل النكاح فلم تكن المرأة بسؤالها رجعية راضية ببطلان حقها وكذا لو طلق طالبة
الرجعية بائنة بما دون الثلاث بقول الفقير فعلى هذا كان الاولى للمصنف ان يقول طلقها
ثلاثا او بائنا الا ان يقال يعلم ذلك بالدلالة وكذا بائنة قبلت ابنه اي ابن الزوج
بشهوة يعني ابان المريض امرأة فقبلت ابن زوجها لا يمنع تقبيلها الارث
اذا البينونة وقعت بابانة لا بتقبيلها واما اذا قبلت ابن المريض حال قيام النكاح
او بعد الطلاق الرجعي فانها لا ترث لوقوع الفرقة بالتقبيل منها فرضيها فلا يجب
ابقاء النكاح في حق الارث نظرا اليها مع رضاها ببطلان السبب ولو ابانها
وهو محصور في حصن او بانها في صف القتال او ابانها وهو محبوس لقصاص او رجم
او ابانها يقدر على القيام بمصالحه خارج البيت لكنه يشتكي اسنا فيه والزكام
او محموم لا ترث لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يكون غالب حال
المحبوس الهلاك وكذا اذا قدر على القيام بمصالحه خارج البيت لكنه يشتكي
او محموم لان غالب حال الصحيح والانسان قلما يخلو عن الاشتكاء والمحموم فلا يكون ايضا
غالب حاله الهلاك وكذا المختلعة ومخيرة اختارت نفسها يعني اذا اختلعت
من المريض او قال المريض لها اختاري فاختارت نفسها ثم مات وهي في العدة لم ترث لانها
رضيت بابطال حقها لان المختلعة قد التزمت المال والتزام المال ادل على الرضا
بابطال حقها وكذا اختيار نفسها دليل الرضا بالفرقة والتأخير لحقها وكذا
لا ترث من طلقت ثلاثا بامرها او بغير امرها لكن صح الزوج بعد التطليق ثم مات وهي
في العدة وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقع الطلاق في المرض وقد مات وهي
في العدة ولنا ان المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين
انه لا حق يتعلق بماله فيصير كانه طلقها وهو صحيح ثم مرض ومات وهي في العدة فلا يصير
الزوج فارا وكذا من ارتدت عياذا بالله تعالى بعد ما ابانها الزوج ثم اسلمت
لا ترث لانها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتدة لا ترث احدا ولا بقاء لبقاء
الاهلية فاذا اسلمت بعد ما بطل النكاح من كل وجه لا يكون توريثا بخلاف المطاوعة
على ما سبق وكذا لا ترث مفرقة بسبب الجب او العنة او خيار البلوغ او
خيار العتق لانا انما اعتبرنا قيام الزوجية مع المبطل نظرا لها فاذا رضيت بالمبطل
لم تبق مستحقة للنظر فعل المبطل عليه ولو فعلت ذلك الذي ذكرناه من الخيارات
وهي مريضة لا تقدر على القيام بمصالح بيتها ثم ماتت وهي في العدة ورثها اي ورث
الزوج من المرأة لانها ممنوعة من ابطال حقه فيبقى النكاح في حق الارث دفعا للضرر عنه
قال صاحب الاختيار الا في الجب والعنة فانه لا يرثها لانه طلاق وهو مضاف الى الزوج انتهى
ولو ابانها بامرها في مرضه او تصادقا انها حصلت في صحته ومضت العدة ثم اوصى لها او اقر
بدين فلها الاقل من ارثها ومما اوصى او اقر لو طلقها بائنا في مرضه بامرها او قال لها في
مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اوصى لها بوصية
او اقر لها بدين فلها الاقل من ارثها ومما اوصى او اقر اتفاقا في المسئلة الاولى
وعند ابي حنيفة في المسئلة الثانية ايضا وقالا يجوز اقراره ووصيته لها في المسئلة الثانية
لانهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة

وبائنة

الاخرى

الاخرى انه يقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسئلة الاولى لان العدة باقية وهي
سبب التهمة والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية مدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح
والقرابة ولا عدة في المسئلة الثانية ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق
لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة
وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة
في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والشهادة فلا تهمة في حقهما
فيجوز وضع الزكاة فيها والشهادة لها بخلاف ما نحن فيه وخالف زفر في المسئلة الاولى ايضا
في المسئلة الثانية وقال لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع
من صحة الاقرار والوصية ثم ان كلمة من في قوله فلها الاقل من ارثها ليست صلة افعل التفضيل
اذ لو كانت صلته لفسد المعنى وهو ظاهر بل هي للبيان وافعل التفضيل يستعمل باللام على
انه كما يجوز خلوه من احد الامور الثلاثة كذلك لا يجوز جمع اثنين منها على ما تقرر في النحو
حتى ان النحويين قالوا في قول الشاعر ولست بالاكثر منهم حصى ان من للتبعيض
وافعل التفضيل يستعمل باللام وفي صدر الشريعة هنا وفي كتاب الرهن كلام ان شئت فارجع
وان علق الطلاق بفعل اجنبي او بمجيء الوقت فوجد فعل الاجنبي او مجيء الوقت يعني اذا قال
اذا صلى فلان الظهر او اذا جاء رأس الشهر فانت طالق فصلى فلان الظهر او جاء رأس الشهر
فان كان التعليق والشرط في مرضه ورثت لانه القصد الى الفرار عن الميراث وقد تحقق منه
بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بالمال وان كان احدهما في الصحة لا ترث يعني ان كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض لا ترث عند الثلاثة خلافا لزفر لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود
الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط
حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه وان كان التعليق في المرض والشرط في
الصحة لا ترث اتفاقا كذا في شرح مجمع البحرين وان علق الطلاق بفعل
نفسه كما اذا قال ان لم انته او لا بد له منه كقوله اذا دخلت الدار فانت طالق او اذا صليت فرض الظهر او
قضيت الدين فانت طالق ووجد التعليق والشرط في المرض او الشرط فقط فيه
والتعليق في الصحة ورثت لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض
وهو وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر
عنها وكذا ترث لو علق بفعلها ولا بد لها منه كقوله لها اذا اكلت الطعام فانت طالق
ونحو ذلك والحال ان التعليق والشرط في مرضه لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع
من خوف الهلاك ولا رضا مع الاضطرار وكذا ترث لو كان الشرط فقط اي
لا التعليق في المرض عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الزوج الجأها الى المباشرة
فينتقل الفعل اليه كانها آلة الزوج كما اذا اكره زيد عمروا على اتلاف مال الغير فانه
يضمن زيد لان المكره صار كالآلة للمكره بكسر الراء فانتقل فعل المكره الى المكره فكذا فيما نحن فيه
لما كانت المرأة مضطرة انتقل فعلها الى الزوج فصار كانه فعل الشرط في مرض موته
فورثت بكونه فارا خلافا لمحمد فانها عنده لا ترث لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق
حقها بماله فان كان لها اي للمرأة منه اي من الشرط بد كقوله لها ان كلمت زيدا فانت طالق
لا ترث في كل حال يعني سواء كانا في المرض او احدهما فيه لانه اذا كان لها منه بد فاتيانها
بالشرط يكون رضا بالمشروط وان قذفها ولاعن وهو مريض ورثت وهذا ملحق
بالتعليق لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وكذا لو كان
القذف في الصحة واللعان في المرض ترث عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه ملحق
في التعليق بفعل لا بد لها منه فكذا الخلاف هنا ايضا كما بينا من انه ملحق به وان آلى منها
اي من المرأة وهو مريض بان كان الايلاء والبينونة في المرض ورثت لان الايلاء
في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت

وقد ذكر فيه ان التعليق والشرط ان كانا في مرض ورثت فكذا هنا وان كان الايلاء في الصحة لا ترث كما كان كذا في التعليق بمجيء الوقت وفي الطلاق الرجعي ترث في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها او فعله وسواء كان التعليق والشرط في المرض او احدهما فيه ان مات وهي في العدة لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطئ فكان السبب قائما واما اي وان لم يمت في العدة بل بعدها لا ترث في الوجوه كلها ثم اعلم ان كل ما ذكر من انها ترث اذا مات وهي في العدة والله تعالى اعلم

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متاخرة عن الطلاق طبعا اخره وضعا ليوافق الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح افصح وهي لغة مصدر رجع يرجع وفي الشريعة هي استدامة النكاح القائم اي طلب دوام النكاح القائم في العدة متعلق باستدامة وبالقائم على سبيل التنازع لان استدامته انما يكون في العدة وكذلك قيام النكاح انما هو في العدة فيقطع التنازع بما هو طريق القطع عند المغربين ولها شرائط احديها تقدم صريح الطلاق او بعض الفاظ الكناية والثانية ان لا يكون بمقابلة الطلاق مال والثالثة ان لا يستوفي الثلاث في الطلاق والرابعة ان تكون المرأة مدخولا بها والخامسة ان يكون العدة قائمة والسادسة ان لا يصف الطلاق بضرب من الشدة وجميعها يفهم صريحا من كلامه الا شرط الدخول فانه يفهم من الخامسة اذ لا عدة لغير المدخول بها ولا خلاف لاحد في شرعيتها لثبوتها بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا واما السنة فقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها واجماع الامة ظاهر من طلق امرأته ما دون ثلاث يفهم منه الشريطة الثالثة بصريح الطلاق كقوله انت طالق ونحوه او بالثلاث الاول من كنايات الطلاق وهي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة يفهم منه الشريطة الاولى ولم يصفه اي الطلاق بضرب من الشدة مثل انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او نحوهما هذا هو الشريطة السادسة ولم يكن بمقابلة مال هذا هو الشريطة الثانية فله اي للزوج ان يراجع وان ابت يعني لا يشترط للرجعة رضاء المرأة بل له ان يراجع بغير رضاها ما دامت في العدة يفهم منه الشريطة الخامسة ويفهم منه ضمنا شريطة كونها مدخولا بها كما مر وانما شرط كونها في العدة لان لا استدامة بعد انقضائها بقوله متعلق بقوله ان يراجع راجعتك ان كان في حضرتها او راجعت امرأتي ان كان في غيبتها بالاعلام او في الحضرة ايضا او بقوله امسكتك او انت عندي كما كنت او انت امرأتي بان نوى الرجعة بما قلنا ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده حتى يحرم وطؤها ودواعيه وابتداء النكاح لا يصح بالوطئ ودواعيه فكان الوطئ حراما كما في الابتداء وعندنا هي عبارة عن الاستدامة وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه كما في اسقاط الخيار كذا في الهداية وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية بالخيار ثلاثة ايام ثم وطئها في مدته سقط الخيار ودام ملكه عليها كما اذا اسقط بالقول بل ههنا اولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل للملك وهو البيع واما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى رفع ما لولاه لزال والرفع اسهل من الدفع كذا في العناية ونحن هنا قال او بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة

اي له ان يراجع بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة من وطئ ومس ونحو من احد الجانبين ولا يختص المس ونحوه بالزوج بل ان مسته او قبلته او نظرت الى فرجه يثبت الرجعة كما اذا قبلها او مسها او نظر الى فرجها بشهوة وان كان المس والنظر بغير شهوة لا يثبت الرجعة لان ما يوجب الرجعة ما لا يحل ان يفعل بدون النكاح وهما قد يحلان بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليه رجعة ليطلقها فيطول عليها العدة وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا كذا في العناية وندب الاشهاد عليها وان لم يشهد صحت الرجعة يعني اذا اراد الرجعة يقول للاثنين اشهدا على باني قد راجعت امرأتي وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح الرجعة بدون الاشهاد وهو قول مالك رحمه الله قال صاحب العناية وهو غريب من مالك لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة واستدلا بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولنا الاطلاقات المنصوصة في الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها الا انه يستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر بعد لان الناس عرفوا تطليقها فاذا رأوه يدخل عليها او يصحبها فيتهمونه بما هو مكروه في الدين وما استدلا به من الآية وهو قوله واشهدوا ذوي عدل منكم محمول على الاستحباب دفعا للتناكر الذي قلنا فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوثق كما في قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم الا يرى انه تعالى قرن به آية واشهدوا بالمفارقة حيث قال او فارقوهن بمعروف واشهدوا والاشهاد فيها مستحب فكذا في الرجعة وفي هذا المحل اعتراض وجواب في العناية فراجعه وندب اعلامها اي اعلام الرجعة بها اي بالمرأة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرفه الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها ولو قال الزوج بعد العدة كنت راجعتك فيها اي في العدة فصدقته المرأة صحت الرجعة لان النكاح يثبت بتصادق الزوجين فالرجعة اولى وان لم تصدقه فلا تصح الرجعة لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق يرتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة ولو قال راجعتك فقالت مجيبة له انقضت عدتي فالقول لها ولا تصح الرجعة لانها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر به ولا دليل على مقدار معين فاقرب احواله بحال قول الزوج وانما صادفت حالة الانقضاء لا تكون فان قيل ان كان قولها يقتضي سبق الانقضاء فقوله راجعتك تقتضي سبق الرجعة ايضا فلا يكون الرجعة في حال الانقضاء قلنا قوله راجعت انشاء وهو اثبات امر لم يكن فلا يستدعي سبق الرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار عن واقعها امر قد كان فيقتضي سبق الانقضاء خلافا لهما فانهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة

ولو قال زوج الامة بعد العدة كنت راجعت فيها اي في العدة فصدقه سيدها وكذبته الامة
فالقول لها عند ابي حنيفة وعندهما القول للسيد لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة
يعني منافع البضع مملوكة له بعد فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له
ولانه كان لا قرار عليها بالنكاح بان يقر بانه نكحها منه فكذا الا لم ولابي حنيفة ان حكم الرجعة
يبتني على بقاء العدة وانقضائها وكل ما يبتني على ذلك يكون القول قولها فيه لذلك
لكونها امينة والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتني على قولها والفرق بينه وبين الاقرار بالتزويج
بين لانه لما صدق في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها فلا يكون اقرارا بما هو خالص حقه
بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك وفي عكسه اي فيما صدقته الامة وكذبه المولى
القول للسيد اتفاقا في الصحيح اما عندهما فلان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها
والسيد ينكره واما عنده في الصحيح فلانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء
ظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى
بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عند الرجعة فلا يظهر ملكه مع العدة وقوله في الصحيح
احتراز عما روي عن ابي حنيفة ان القول للامة في هذه الصورة ايضا بقي احتمالان آخران
احدهما ان يصدق المولى والامة فيصح الرجعة بالاتفاق والآخر ان يكذباه فلم يصح الرجعة
بالاتفاق الا اذا برهن وان قال زوج الامة راجعتك فقالت الامة مضت عدتي وانكرا
اي الزوج والسيد مضي العدة فالقول لها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة بانقضاء العدة
واذا طهرت الامة من الحيض الاخير لعشرة انقطعت الرجعة وان لم تغتسل لان الحيض
لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت عن الحيض وانقضت العدة وانقطعت
الرجعة وان انقطع لاقل من عشرة لا ينقطع الرجعة ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت
صلاة لان ما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال
او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة يعني ان الوقت اذا مضى صارت
الصلاة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات او تتيمم وتصلي يعني ينقطع الرجعة
اذا لم تقدر على الماء بعد ما انقطعت لاقل من عشرة فتيممت وصلت مكتوبة او تطوعا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وعند محمد تنقطع بالتيمم وان لم تصل وهنا
قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال
فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا يتضاعف
الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة في حكم الصلاة وما
هو من توابعها ولا ضرورة في حكم الرجعة فكان التيمم في حقها عند عدم الماء كالتيمم
عند وجوده ولكنها اذا فرغت من الصلاة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم
بصحة الصلاة وصحة الصلاة تثبت مطلقا لا ضرورة فظهرت في حق سقوط
الفرض عن ذمتها وفي انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل اداء الصلاة ما حكمنا
بحكم في حقها ثم قيل تنقطع بنفس الشروع في الصلاة وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم
بجواز الصلاة وفي الكتابية بمجرد الانقطاع ينقطع الرجعة اتفاقا لانه لا يتوقع
في حقها امارة زائدة وهو وجوب الغسل ومضي وقت الصلاة لانها لا تخاطب
بالشرائع فيكتفي بمجرد الانقطاع ولو اغتسلت ونسيت اقل من عضو كاصبع
ونحوه انقطعت وان نسيت عضوا لا ينقطع الرجعة والقياس فيما دون العضو
ايضا ان يبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون
العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه
ينقطع الرجعة ولا تحل للزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل
لانه لا يتسارع اليه الجفاف لكثرته ولا يغفل عنه عادة فافترقا

وكل من المضمضة

وكل من المضمضة والاستنشاق كالاقل وهو رواية الكرخي عن محمد لان في فرضيتهما اختلافا
فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي فكان الاحتياط في الانقطاع
بخلاف جزء من الاعضاء فانه لا خلاف في فرضيته وفي رواية عن ابي يوسف كتمام العضو
وهو رواية هشام عنه لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة ولو طلق حاملا او
من ولدت منه وانكر وطئها له ان يراجع قال صاحب الكافي يعني لو ان امرأة حاملا طلقها
وانكر وطئها وقال لم اجامعها له الرجعة لانها اذا كانت حاملا وقت الطلاق وظهر ذلك
بان ولدت بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر فقد ثبت النسب منه لقوله صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش واذا ثبت منه شرعا جعل واطئا شرعا لان النسب لا يثبت من الماء
بلا وطئ واذا جعل واطئا شرعا صار مكذبا في قوله لم اجامعها واذا ثبت الوطئ
تأكد الملك والطلاق في الملك المتأكد يعقب الرجعة فبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى
الا ترى انه يثبت بهذا الوطئ الاحصان فلان يثبت الرجعة اولى بيانه ولو في اثبات
الاحصان الذي يحتمل في وجود عقوبة الرجم التي تندرئ بالشبهات وقع هنا يثبت بهذا
الوطئ الحكمي فلان يثبت به الرجعة التي ليس فيها جهة العقوبة اولى قال الاكمل
يعترض بانه لا حاجة في ظهور الحمل وقت الطلاق الى الولادة بعد الطلاق لاقل
من ستة اشهر لانه يجيء بعيد هذا ان نسب الولد يثبت في اقل من سنتين حملا لفعله
على الحل فيكذبه الشرع في قوله فيعلم منه ان الحمل يعرف بالولادة لاكثر من ستة اشهر
ايضا وهكذا قال في الهداية لان الحمل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه
ثم قال الاكمل الجواب ان وجود الحمل يعرف بدون الولادة بقول النساء ويحكم به كما صرح به
في ثبوت العيب بسبب الحمل وصرح ايضا في الهداية وفي سائر الكتب في باب ثبوت
النسب بانه اذا كان الحمل ظاهرا او صدر الاعتراف من قبل الزوج يثبت النسب قبل
الولادة فيحكم هنا ايضا حملا لفعله على الحل فلا يكون في قول صاحب الوقاية فله الرجعة
تساهل كما لا يخفى انتهى ما ذكره الاكمل يعقوب باشا يقول الفقير فعلى ما ذكره يكون
قول صاحب الكافي وظهر ذلك بان ولدت بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر غير محتاج اليه
لان الحمل يعرف بالولادة لاكثر من ستة اشهر ايضا على ما ذكره وكذلك اذا ولدت منه
قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم اجامعها فله الرجعة ايضا لما مر من تكذيب الشرع
بجعل الولد للفراش ولو ولدت بعد الطلاق تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة
وان طلق من خلا بها وانكر وطئها فليس له ان يراجعها لان تأكد الملك بالوطئ وقد اقر
بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل فيصير مكذبا شرعا كما في الفصل الاول
لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجيب
بانه لم يصر مكذبا شرعا وانما يكون مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما لقبض المبدل
وهو الوطئ وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة
اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وتمكين المسلم اليه على ان يقبضه
وهو قد وجب لكن التسليم ليس مستلزما للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول
لان الحمل والولادة الولد الثابت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها
بعد ما خلا بها وبعدما قال لم اجامعها وان كان لا يملك الرجعة ثم ولدت بعد الرجعة
لاقل من عامين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب منه ثابت
لعدم الاقرار بانقضاء العدة ولاحتمال العلوق الولد بيقين في البطن هذه المدة ولا
يكون ذلك الا بالدخول فيجعل واطئا قبل الطلاق لا بعده لان فيما بعده يكون الوطئ
حراما لزوال الملك بنفس الطلاق لا الحصن لان الفرض عدم الوطئ قبله لانه انكره
بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق
كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة

ولو قال لامرأته ان ولدت فانت طالق فولدت ولدا ثم ولدت ولدا آخر من بطن آخر
فهو رجعة من علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا فاما ان يكون بين
الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة
فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما ثمة دليل
على انه وطئها بعد الولد الاول فلا يثبت الرجعة فان كان الاول ففيه المذكور في المتن
لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث
منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا ولا تفاوت في ذلك بين ان يكون
بين الولادتين ستة اشهر او اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانها اذا
ولدت لاكثر من سنتين فالولد الثاني يكون من علوق حادث ضرورة لان الولد
لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ويكون من زوجها اذ لا يظن بها ارتكاب الزنا
فكان رجعة ضرورة واما اذا ولدت لاقل من سنتين فالعلوق حادث ايضا
والحوادث تضاف الى اقرب الازمان اذا امكن وههنا امكن اذ تخلل بين الولادتين
ستة اشهر فصاعدا كذا في الكافي وان قال كلما ولدت فانت طالق
فولدت ثلاثة اولاد من بطون مختلفة فالثاني والثالث رجعة لانها اذا جاءت
بالولد الاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا ان يجعل
العلوق بوطئ حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني لان اليمين معقودة بكلمة
كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا ايضا لما ذكرنا ويتم الثلاث
بولادة الولد الثالث فتحتاج الى زوج آخر وعليها العدة بالاقراء لانها حائل
من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين
اذ النكاح قائم بينهما والرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا
قال صاحب القاموس شغفه بضم الشين وسكون الغين شوفا جلوه ودينار
مشوف اي مجلو وتشوفت الجارية تزينت قال صاحب العناية التشوف
خاص بالوجه والتزين عام تفعل من شوفت الشيء اي جلوته ودينار مشوف مجلو
وهو ان تجلو المرأة وجهها وتصيقل خدها كذا في نسخ العناية التي عندنا
يقول الفقير على ما ذكره صاحب القاموس يكون شغفت من حد ضربت فيكون
قول صاحب العناية من شوفت بالتشديد بتصحيح العين من الغالط ويقتضي ان
يكون من حد خوف او طول وكلام الجوهري موافق للقاموس ولا يمكن ان يقال
ان عبارة صاحب العناية من تشوفت الشيء من التفعل لان ائمة اللغة صرحوا بان
تشوفت لازم يقال تشوفت الجارية تزينت والله سبحانه اعلم
وندب ان لا يدخل عليها حتى يعلمها ان لم يقصد رجعتها لانها ربما تكون متجردة
فيقع نظره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها
وليس له ان يسافر بها حتى يراجعها وقال زفر له ان يسافر بها لقيام النكاح
ولهذا له ان يطأها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن فانها نزلت
في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله
يبدو له امر فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنه
فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج
منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ
وقال الشافعي يحرمه لان حل الوطئ بالزوجية وهي زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق
ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق
ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم يصح الراجعة بدون رضاها

وكره

وله اي للزوج ان يتزوج مبانته بما دون الثلاث في العدة وبعدها
لان حل المحلية وهو كونها آدمية وليست من المحرمات باق لان زواله معلق بالطلقة
الثالثة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد الآية على ما نذكره عن قريب ان شاء الله
والمعلق بالشرط معدوم قبله فينعدم زواله قبل الطلقة الثالثة فان قيل هذا تعليل في
مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله نهى عن العزم
على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلة النص باطل اجيب بان معنى الآية منع الغير
عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في تجويز
نكاح معتدته لان الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في
معتدة الغير قال مولانا سعدي افندي ههنا ايضا من قبيل التعليل في مقابلة
والاولى ان يقال خص منه المطلق بالاجماع ولا تحل الحرة بعد الطلاق الثلاث
ولا الامة بعد الاثنتين الا بعد ان تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا وتمضي عدته بعد
تطليق الزوج الثاني او موته والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره والمراد منه فان طلقها الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التاويل
والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة لان الرق منصف لحل المحلية ثم الغاية نكاح
الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح فاذا تزوجها الثاني
نكاحا فاسدا لا تحل للاول سواء دخل بها الثاني او لم يدخل وشرط الدخول
ثبت باشارة النص وهو طريقة بعض المشايخ وطريقتهم ان يحمل النكاح على الوطئ
حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد مستفاد باطلاق اسم الزوج في
قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى
من التاكيد كذا في الهداية قال المولى الفاضل سعدي افندي قال الزيلعي هكذا ذكر الاصحاب
وفيه نظر فان النكاح المنسوب الى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطئ
لاستحالته منها يمكن ان يقال يجوز نسبته اليها مجازا كما يقال زانية مجازا بالتمكين فيه
وههنا اقرب من حمله على العقد لان في حمله على العقد مجازين احدهما ان النكاح حقيقة
ومجاز في العقد وفيه حمله عليه والثاني ان فيه تسمية الاجنبي زوجا باعتبار ما
يؤول اليه وفيه حمل اللفظ على الاعادة ايضا وفي حمله على الوطئ مجاز واحد وهو نسبته
اليها فكان اولى انتهى وفيه بحث لان التمكين من الوطئ لا يوجب الوطئ ولا يلازمه
الا ان يقال المراد التمكين المقارن للفعل ولا يبعد ان يقال قوله تعالى حتى تنكح زوجا
غيره من قبيل عيشة راضية على الاسناد المجازي انتهى كلام سعدي افندي
ثم قال صاحب الهداية او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة
بن وهب القرظي وهو انه طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
تميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت بعبد الرحمن القرظي ثم
طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا نبي الله ان زوجي عبد الرحمن
طلقني قبل ان يمسني ووجدت ما معه كهدبة الثوب افارجع الى ابن عمي زوجي
فقال صلى الله عليه وسلم لا حتى يكون مس فلبثت ما شاء الله ان تلبث ثم رجعت
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجي الذي كان تزوجني بعد
زوجي الاول كان قد مسني فقال النبي صلى الله عليه وسلم كذبت بقولك
فلن اصدقك في الآخر فلبثت حتى قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتت ابا بكر
رضي الله عنه فقالت يا خليفة رسول الله ارجع الى زوجي الاول فان زوجي الآخر
فقال لها ابو بكر رضي الله عنه قد عهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لك وشهدته حين
اتيته وعلمت ما قال لك فلا ترجعي اليه فلما قبض ابو بكر اتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فقال لها لئن اتيتني بعد مرتك هذه لارجمنك كذا في البناية

وفي المشهور لما اتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت له ما قالت قال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك
وتذوقي عسيلته وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة وفي بعضها
بلفظ الخطاب وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ولا خلاف لاحد
في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسي وقوله
غير معتبر لانه مخالف للخبر المشهور ولهذا لو قضى به القاضي لا ينفذ وقال صاحب الخلاصة
وهو قول مهجور مخالف للاجماع من افتى بهذا القول ولم يشترط الدخول
فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ولا تحل المطلقة له
اي الزوج الاول بملك يمين يعني اذا كانت المطلقة امة فباعها مولاها المطلق لا تحل له
ان يطأها بملك اليمين لان الشرط وطء زوج غيره ولم يوجد وتحلها وطء المراهق
لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص والمراد بالمراهق على ما فسر
في الجامع الصغير غلام لم يبلغ ومثله يجامع ومعناه ان يتحرك آلته ويشتهي وذكر
في فوائد شمس الائمة مقدره بعشر سنين فاذا جامع مثله امرأة وجب عليها
الغسل لتناول الختانين وهو سبب لنزول مائها واحلها للزوج الاول لان كل
وان كان بنيه تخلقا استحبابا روي ان عيسى عليه السلام مر ببعض اجمع
فيه الصبيان يلعبون وراى ابليس فيما بينهم فقال يا ملعون اي شيء تريد
فيما بينهم والقلم لا يجري عليهم بعد قال اريد ان اعودهم المعاصي في حال الصغر
حتى يتخلقوا بذلك فلذا يؤمر الصبي بالغسل في صغره ليتخلق بذلك ويعتاده
وبه قال مالك خالفنا في تحليل وطء المراهق والحجة عليه ما بينا من وجود الدخول في نكاح
لا وطء السيد لان الغاية نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا روي ان عثمان
رضي الله عنه سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فرخص عثمان
وزيد رضي الله عنهما فقام علي كرم الله وجهه مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج
والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة والكمال قيد زائد
لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة
وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج على ان التصغير دال على عدم
الشبع بلا انزال وبه قال مالك ايضا خالفنا فيه ويشترط الانزال ولهذا خالف
في المراهق ايضا لان الانزال لا يوجد فيه ولو وطئها الزوج الثاني وهي حائض
او نفساء او محرمة حلت للاول وان كان عاصيا بفعله وان كان مجبوبا لا تحل للاول
لان المجبوب يجامع بالملامسة في الفرج فلا يوجد الايلاج وهو الشرط
واما اذا حبلت امرأة المجبوب فولدت حلت للاول وكانت محصنة ايضا في قول ابي يوسف
وفي قول محمد لا تحل للاول ولا تصير محصنة كذا في البناية فان تزوجها الثاني
يقول الفقير الخ وان تزوجها بالواو لانه لا معنى للتفريع هنا تدبر بشرط
التحليل كره لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له قال صاحب الهداية وهذا هو محمل
الحديث الكراهة لا فساد النكاح وقال ابن الملك في شرح المنار معنى اللعن في المحلل
انه نكح على قصد الفراق والنكاح شرع للدوام فكان كالتيس المستعار ومعنى اللعن
على المحلل له انه صار سببا لمثل هذا النكاح والمراد من اللعن اظهار خساستهما
لان الطبع السليم ينفر عن فعلهما لا حقيقة اللعن لانه صلى الله عليه وسلم ما بعث لعانا
ولا طعانا قال صاحب الفتاوى البزازية المحلل ماجور وتاويل اللعن اذا شرط الاجر
وتحل للاول لوجود الدخول بنكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشروط وعن ابي يوسف
ان النكاح فاسد لان شرط التحليل في معنى التوقيت في النكاح
والنكاح المؤقت فاسد فكذا هنا ولا تحل للاول لفساد النكاح

وعن محمد انه ان النكاح بشرط التحليل صحيح لانه لا يفسد بالشرط ولا تحل للاول
لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد مؤبد وشرط التحليل خلافه فيجازى بمنع مقصوده
كما في قتل المورث والزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث ايضا اي كما يهدم
حكم الثلاث خلافا لمحمد وهذه مسئلة الهدم ذكرنا تفصيلها فيما سبق مرة بالفرق فلا نعيد
فلو طلقت دونها اي دون الثلاث وعادت اليه اي الزوج الاول بعد وطء زوج آخر
عادت اليه بثلاث عندهما وحكم ما دون الثلاث وعند محمد عادت اليه بما بقي اي باثنتين ان
طلقت اولا واحدة وبالواحدة ان طلقت اولا اثنتين ولو قالت المطلقة الثلاث انقضت
عدتي منك وحللت وانقضت عدتي من زوجي الثاني والمدة تحتمل ذلك فله اي
للزوج تصديقها ان غلب على ظنه صدقها لان اخبارها لا يخلو من ان يكون من باب
المعاملات لان النكاح منها لان البضع يكون متقوما عند الدخول او من باب الديانات
لتعلق الحل والحرمة به ففي كل منهما يقبل خبر الواحد قال صاحب العناية وكلام
صاحب الهداية يدل على ان اخبارها مقبول مطلقا وان لم تكن عدلة لانه اطلق في التعليل
حيث قال لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وليس كذلك
فان الرواية منصوصة بان الزوج الاول لا باس عليه ان يتزوجها اذا كانت عنده ثقة
او كان في غالب ظنه انها صادقة انتهى يقول الفقير ما نقله من الرواية لا يثبت ما ادعاه من لزوم
كونها عدلة لان صاحب الهداية قال ايضا اذا كان في غالب ظنه انها صادقة ثم ساق
الدليل فتدبر ثم انهم اختلفوا في اقل المدة فقال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من ستين
يوما وقالا لا تصدق في اقل من تسعة وثلثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في آخر جزء من
اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلاثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلاثة
اذا كانت ثلاث مرات كان تسعة والطهران ثلاثون يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلثين
يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فيجب قبول قولها واما تخريج قول ابي حنيفة فيجعل كانه
طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع والطهر خمسة عشر يوما
لانه لا غاية لاكثره فقدرنا باقله وحيضها خمسة لان من النادر ان يكون حيضها اقل
الحيض او يمتد الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة ايام فثلاثة اطهار
كل طهر خمسة عشر يكون خمسة واربعين وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر
فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد واما على رواية الحسن فيجعل كانه طلقها في آخر الطهر
لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق في آخر الطهر اقرب للتحرز عن تطويل
العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا لها يقدر حيضها باكثر المدة
نظرا له فثلاث حيض كل حيض عشرة ثلاثون وطهران كل طهر خمسة عشر ستون يوما
كذا في العناية وسائر شروح الهداية يقول الفقير فيه مسامحة في تعبيرهم عن المدة
حيث اعتمدوا على فهم السامعين والا فالظاهر ان تصدق على قولهما في تسعة وثلثين يوما
وعلى قوله في تسعة وخمسين يوما لان العدة تنتهي بها تدبر

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق من التصرفات التي تتفرع من الزوج بحكم ملك النكاح
اربعة انواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فبدأنا بالطلاق لانه الاصل
والمباح للزوج في وقته ثم ادنى درجة منه في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع
ولكن فيه معنى الظلم فكان ادنى درجة منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال
آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة هو اي الايلاء الحلف على ترك وطء الزوجة مدة
مدة الايلاء وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في ان
الابانة فيهما موقتة الى الوقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب كرها

ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متيقن لنقصها عدة الطلاق بخلاف الرجعي
وشرطه ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي ح او اهل وجوب الكفارة عندهما
وان يكون في منكوحة في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة
اشهر او نحوه او يقول ان قربتك فعبدي حر وامثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول
ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين ترتب
على الحنث والبر فيه يبين عن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن احد المكروهين فهي
اي المدة اربعة اشهر للحرة وشهران للامة لان للامة نصف ما للحرة في الجميع فلا ايلاء
لو حلف على اقل منها اي من اربعة اشهر للحرة ومن شهرين للامة وقال ابن ابي ليلى هو مول
ان تركها ولم يطأها اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وهكذا كان يقول ابن ابي ليلى اولا فلما بلغه فتوى
ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس
مخالف لظاهر النصوص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فالتقييد
بمدة يكون زيادة على النص وهي لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع ابن ابي ليلى عن قوله بفتواه
فالجواب ان فتوى ابن عباس رضي الله عنهما وقع في المقدرات الشرعية فكان مسموعا
ولم يروى عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص تعيينا وتقريره والله اعلم للذين يؤلون من نسائهم
اربعة اشهر تربص اربعة اشهر فحذف الاول لدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء
وحكمه اي حكم الايلاء وقوع طلقة بائنة ان بر لان معنى الايلاء عندنا ان مضى
اربعة اشهر ولم اجامعك فانت طالق باين وعند الشافعي لا يقع الفرقة بمضي المدة
ولكنه يوقف بعد المدة على ان يفيء اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل تبين بتفريق
القاضي بينهما وكان التفريق تطليقة باينة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه
وكان التفريق تطليقة باينة في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو
الوطئ في المدة فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي المدة تغليظا لما عليه
التعليق ولا يحصل التغليظ بالرجعي فيقع باينا وهو ماثور عن عثمان وعلي والعبادلة
الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين واعترض بان الزوج انما يكون ظالما
بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها مرة فقد سقط حقها واجيب بان حقها
سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فكان الجزاء لزوال النعمة بوقوع
الطلاق لمنع حقها ديانة قال المولى سعدي افندي لعل
يقول الفقير الظاهر ان لها حقا في الجماع في كل اربعة اشهر مرة اقل ولزوم الكفارة
اذا قال والله لا اقربك اربعة اشهر او لزوم الجزاء اذا قال ان قربتك فعلي كذا
ان حنث لان لزوم الكفارة او الجزاء موجب الحنث وقال الشافعي لا يلزمه لان الله
قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم فانه وعد المغفرة والغفور لا يجب عقوبة
قلنا وعد المغفرة في الاخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة او الجزاء في الدنيا
فلو قال لا اقربك مؤبدا او والله لا اقربك اربعة اشهر موقت كان موليا لما تلونا
من قوله للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية يقول الفقير فيه تامل فتامل
وكذا يكون موليا لو قال ان قربتك فعلي حجة او صوم او صدقة او فانت طالق
او عبده حر لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة
من مباشرة الشرط لما فيها من المشقة فان قربها في المدة حنث وسقط الايلاء
على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث
والا اي وان لم يقربها في المدة بانت بتطليقة وسقط اليمين ان حلف على
اربعة اشهر لانها كانت موقتة به وبقيت اليمين ان اطلق يعني اذا قال والله لا اقربك
فلم يقربها بانت بمضي اربعة اشهر ولم يسقط اليمين لانها مطلقة ولم يوجد الحنث ترتفع به
الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع حقها بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها

لو وجه والله

وهنا اختيار

وهنا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل يقول بتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا
مضت مدة الايلاء قبل انقضاء العدة يقع الطلاق ثانيا لان الايلاء في حق الطلاق
بمنزلة شرط متكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فانت طالق باين والاصح
قول العامة فلو نكحها ثانيا عاد الايلاء فان مضت مدة اخرى اي اربعة اشهر
بلا وطئ بانت باخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فيتحقق
الظلم فيزال بالطلاق البائن فان نكحها ثالثا فكذلك اي وقعت بمضي
اربعة اخرى طلقة ثالثة ان لم يقربها فيحتاج اذن الى زوج اخر لثبوت الحرمة الغليظة
بالطلقة الثالثة فان نكحها بعد زوج اخر فلا ايلاء يعني ان تزوجها بعد زوج
اخر ومضت اربعة اشهر ولم يقربها لا يقع الطلاق لتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا
انه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق ينجز في طلاق هذا الملك الذي حصل
فيه التعليق وقد مر باب التعليق واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها
لزم الكفارة او الجزاء لوجود الحنث ولا تبين بمضي العدة وان لم يطأها لما ذكرنا من تقييد
الايلاء بطلاق هذا الملك وكذا لو آلى من اجنبية او من مبانته يعني لو قال
لاجنبية او لمبانته والله لا اقربك لا يكون موليا لان محل الايلاء ان يكون من نسائنا
بالنص والاجنبية والمبانة ليستا من نسائنا وان قربها قبل التزوج او بعده كفر
لتحقق الحنث لان اليمين منعقدة في حقه لان اليمين تعتمد تصور الفعل المحلوف عليه
حسا ولا يعتمد حل وحرمة الا ترى انه لو قال لا اشرب الخمر في هذا اليوم فمضى
اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا اما المطلقة الرجعية
فكالزوجة يعني اذا آلى من مطلقة الرجعية كان موليا لان الزوجية قائمة
فيها واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها
حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بل للتحق كان
المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي ان لا يترتب
عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب شمس الائمة الكردري رحمه الله تعالى
بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا
بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك والبعل هو الزوج
فكانت المرأة من نسائه فكان الحكم المرتب على الازواج بقوله للذين يؤلون
من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية ولا ايلاء فيما دون اربعة اشهر لقول ابن
عباس رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر يقول الفقير هذا تكرار لما سبق
لانه قال في صدر الباب وهي اربعة اشهر للحرة وشهران للامة فلا ايلاء لو حلف
على اقل منها الا انه كرره ليفرع عليه ما بعده وهو قوله فلو قال والله لا اقربك
شهرين وشهرين بعدهما كان ايلاء لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع فلا
يكون فيما دون اربعة اشهر ولو مكث يوما او قال والله لا اقربك شهرين فمكث
يوما او ساعة ثم قال لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين ليس بايلاء لان
الثاني ايجاب مبتدأ والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي
ولم يكن بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسألة الاولى واما اذا
فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا لا يكون موليا في المسألة
الثانية لوجود المكث واعادة حرف النفي فيصير ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد
الثانية مضافة الى الاولى بعد الشهرين الاولين اربعة اشهر الا يوما مكث فيه
فصار كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر الا يوما كاملا فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا
ويكون كلامه بيمينين مستقلتين ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا
لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا اخر وصار اجلين وقد اختلا

لان مخالفة الجمهور في قوة الخطأ كما في المشهور لمحرره

كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين لان اليمين تنقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي
النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل فيهما بعد الانزداد لان الوقت الواحد يصلح وقتا
لايمان كثيرة من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا اكل هذا
الطعام شهرا فمضى شهر واحد ينتهي الايمان كلها فكذلك ههنا ان مضى شهر مضت
كل واحدة من اليمين فيمكنه قربان امرأته في مدة الايلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا بخلاف
المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا
وكذا لا يكون موليا لو قال لا اقربك سنة الا يوما خلافا لزفر هو يصرف الا
الى اخر السنة فيتم مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه
وههنا ليس بصادق على ما نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى يوم منكر فما من يوم
يمر عليه بعد يمينه الا ويمكن ان يكون اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز
صرفه الى اخر السنة لانه معين فكان ميلا للكلام من المنكر الى المعين بغير حاجة لان
الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين فان قربها في يوم وقد بقي من السنة اربعة اشهر او
صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال والله لا ادخل البصرة وامرأته فيها لا يكون موليا
لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من البصرة وان عجز المولى عن وطئها
بمرضه او مرضها او رتقها او صغرها او جبه او لان بينها وبينه مسافة اربعة
اشهر ففيئه ان يقول فئت اليها ان استمر العذر من وقت الحلف الى اخر
هذه اصناف بعضها عم كليهما وبعضها مخصوص بها وبعضها مخصوص به فالمرض عم كليهما
والرتق وهو انسداد الفرج بحيث لا يستطاع جماعها ولا خرق فيها الا المبال
مختص بها والصغر ايضا مختص بها لان الصغر من قبله لا يتصور بعد صحة الايلاء
والجب مختص بالزوج ووجود مسافة اربعة اشهر بينهما معنى له تعلق بهما فان
قال لها فئت اليها سقط الايلاء عندنا وعند الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه
ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة
وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة وكذلك
ولنا انه اذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء
لم يكن مقصوده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه وانما قصد الايحاش
فاذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق
ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان يجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث
لا يتحقق بالفيء باللسان فلو لم يستمر العذر من وقت الحلف الى اخر المدة ولو زال
العذر في المدة تعين الفيء بالوطي ولا يكفي مجرد ان يقول فئت اليها لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولى اذا كان مريضا
حال الايلاء لا نم ان الاصل في فيئه الجماع لما ذكرنا انه اذاها بذكر المنع فيكون
ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان
يتقصر مدة الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع فينبغي ان يقصد
في الابتداء لم يكن الا منع الحق بالجماع والاصل في الفيء الجماع وان قال لها انت علي حرام
كان موليا ان نوى التحريم او لم ينو شيئا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت
اربعة اشهر بانت بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو
اليمين عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله
لكم تحلة ايمانكم واما اذا لم ينو شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين اقوى
الحرمات لان في الايلاء الوطي حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ولان الحرمة في الايلاء
لا يثبت في الحال ما لم تنقض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال
وان نوى ظهارا فظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى

وقال محمد

وقال محمد لا يكون ظهارا كذا نقله شمس الائمة السرخسي عن النوادر لان الظهار تشبيه
المحللة بالمحرمة وهو لا يكون فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة
وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل
كلامه صدق وان نوى الكذب فكذب لانه نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت
حلالا له فقوله انت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا قال صاحب العناية
وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه بلا نية ولا
ينصرف الى غيره الا بقرينة او نية لان الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك وقيل
لا يصدق في القضاء ذكره الطحاوي والكرخي في مختصرهما ان القاضي
لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهر لكونه تحريم الحلال انتهى
وان نوى الطلاق فبائن وان لم ينو شيئا من العدد او نوى واحدة او ثنتين
فهي واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث
فيها والفتوى على وقوع الطلاق به وان لم ينو فجعل ناويا عرفا قال ابو بكر الاسكاف
وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ
لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ
الطلاق وعن هذا قالوا لو نوى غيره لا يصدق قضاء وكذا الفتوى على وقوع
الطلاق بقوله كل حل علي حرام وكذا الفتوى على وقوع الطلاق في
بقوله هرچه بدست راست گيرم بر وي حرام للعرف قال صاحب الهداية ومن
المشايخ من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان اقرب الى الطلاق
بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان مبنى الايلاء
نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة فقدم ما للرجل على ما للمرأة
والخلع بالضم اسم من خلع خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها
هو الفصل عن النكاح هذا هو التعريف الذي اختاره صاحب الكنز لكن
لا يخلو عن مسامحة ومساهلة وقيل هو ان تفتدي المرأة نفسها بمال
يخلعها به اي بالمال هذا هو التعريف الذي اختاره صاحب المختار ولقد احسن
ولا باس به اي في الخلع عند الحاجة لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي لا جناح على
الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت سمي ما اعطته فداء من فداه من الاسير اذا
استنقذه لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم
اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم والعاني هو الاسير فكان المال الذي يعطى
في تخليصهن فداء وكره اي للزوج اخذ شيء ان نشز لقوله تعالى وان اردتم استبدال
زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتانا
واثما مبينا فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية
ثم هو مؤكد بتوكيد هو قوله تعالى اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه
وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة
اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي لكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش
فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي
والى هذا اشار صاحب الهداية في دليل الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال
فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وكره اخذ اكثر مما اعطاها ان نشزت وفي الجامع الصغير
طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه اولا فانه لا يفصل بين الفضل وعدمه

وجه رواية كراهة الزيادة وهي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق من الاصل
قوله صلى الله عليه وسلم في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقصتها ما روي
ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس رض فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقالت لا انا ولا ثابت لا اعتب على ثابت في دين ولا في خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام
لشدة بغضي اياه فقال عليه السلام اتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال
عليه السلام اما الزيادة فلا وكان النشوز منها بما روينا من الحديث
فكان قوله عليه السلام اما الزيادة فلا ينفي اباحة اخذ الفضل واذا انتفى الاباحة
كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه
لان مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما
والاباحة جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اخذ الزيادة وقد ترك العمل في حق الاباحة
لمعارض فبقي معمولا في الباقي والحاصل انهم قد فرقوا بين المباح والجائز
بان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة
فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فينتفي الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة
ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة
وقد ترك ما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا
يكون نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا به
في الباقي وهو الجواز كذا في شرح الهداية وشرح العناية وهنا في العناية بحث
من وجهين وجوابه فراجعه وهو في النشوز كراهة كل واحد منهما صاحبه وبعضهم قال
النشوز من المراة يقال نشزت المراة على زوجها فهي ناشزة اذا ابغضت اياه
وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين قال صاحب القاموس والمراة تنشز
نشوزا استعصت على زوجها وابغضته وبعلها عليها ضربها وجفاها
والواقع به اي بالخلع وبالطلاق على مال مثل قوله طلقتك على الف مثلا طلاق بائن
لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود
رضي الله عنهم موقوفا عليهم او مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل
الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية باين فان قيل لو كان من الكنايات
لكانت النية شرطا وليست بشرط اجيب بان ذكر المال اغنى عن النية ههنا
وبيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس وعن الخيرات او عن النكاح فلما
ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولهذا لو قال
خالعتك ولم يذكر العوض لا يقع ما لم ينو فيكون ذكر المال كالنية ولانها لا تسلم
المال اليه الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة ويلزم المال المسمى فيهما اي في الخلع والطلاق على مال
وما صلح مهرا صلح بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا
لغير المتقوم بيانه ان البضع في حالة الدخول يتقوم لانه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض
اظهارا لشرفه واما في حالة الخروج فغير متقوم لان حالة الخروج اسقاط وهو لا يفتقر
في نفسه لكونه اطلاقا للزوج عن الاستيلاء عليها فلا يفتقر الى ايجاب المال
فههنا ستر كون النكاح متقوما وزواله غير متقوم ثم انهم قالوا لا ينعكس فلم يقولوا
وما صلح مهرا صلح بدلا في الخلع يعني ليس كل ما يصلح بدلا للخلع صلح مهرا فانها اذا
اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز ولو تزوجها على ما في بطون غنمها وقت الخلع دون وجوده
منه بعده ولو تزوج امراة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة
لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال كذا في العناية
وان بطل العوض فيه اي في الخلع يقع باينا وان بطل في الطلاق على مال يقع رجعيا
لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية فيقع به الطلاق باينا

وفي الثاني

هذه القصة مفصلة في البخاري وحاشية الشيخ زاده مع زيادة الفاظ عند ابتداء الطلاق من سورة البقرة فراجعها. محرره

ولذا قال بعض الفضلاء الجائز لا يطلق على ما يسع المباح والمكروه. محرره

فلو

في الخلع والطلاق على مال. محرره

وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة بلا شيء فيهما للزوج لانها ما سمت الا منقوما حتى
تصير غارة له ولانه لا وجه لايجاب المسمى للاسلام في صورة ان يخالعها او يطلقها
وهو مسلم على خمر او خنزير ولا لايجاب غيره لعدم الالتزام كما اذا خالعها
او طلقها وهو مسلم على خمر او خنزير او ميتة او قالت خالعني على ما في يدي ولا شيء
في يدها وان قالت خالعني على ما في يدي من دراهم ولا شيء فيها اي في يدها لزمها
ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة فيلزمها ثلاثة دراهم سواء لم يكن
في يدها شيء او كانت درهمان او درهم لان كلمة من ههنا للصلة دون التبعيض
لان الكلام يختل بدونها كذا في الهداية قال صاحب العناية كانه اراد بكونها صلة ان تكون
للبيان على اصطلاح النحاة كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبطه فقال
كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قولك اخذت من الدراهم
وكل موضع لا يصح الكلام فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت
خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه
باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قولها
دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في يدي فيكون تقديره خالعني على دراهم والجواب
ان هذا النحو لا يضرنا لانه اذا كان تقديره كلامها خالعني على دراهم يلزمها ثلاثة دراهم
وهو المطلوب انتهى يقول الفقير ليس مراد المعترض عدم لزوم ثلاثة دراهم بل مراده
ان يقول لا يصح تلك الضابطة اصلا سواء كما حضرنا اولم يكن وصاحب الكافي
ضبطه بوجه اخر وهو ان كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على نوع ابهام فمن
للتبيين كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فللتبعيض وقولها خالعني
خالعني على ما في يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام
لان ما في يدها قد يكون من انواع شتى فاذا قالت من دراهم فقد عينت ما ابهمت
فصارت كانها قالت خالعني على دراهم وقوله اخذت من الدراهم بخلاف ذلك
لانه لم يتم الكلام بقوله اخذت وهو ظاهر تدبر قال صاحب النهاية وان كان في يدها
اكثر من ثلاثة دراهم فله ذلك وان قالت خالعني على ما في بيتي من مال ولا شيء في
بيتها لزمها رد مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض
ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لان البضع
غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه وان خالعها
على عبدها الابق على انها بريئة من ضمانه يعني على ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه الى محل
تسليمه اليه والا فلا شيء عليها لا تبرأ ولزمها تسليمه اي تسليم عين العبد ان امكن
تسليم العين والا اي وان لم يكن تسليم العين فقيمته اي فيلزمها تسليم قيمته لان الخلع
عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه
العقد فيبطل الشرط دون الخلع لانه مما لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل كما
ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان يفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى
واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على
دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما ينافيه من الشرط ساقطا و
لا يعارضه فلا يفسد شيئا وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة لكونها تتفاحش
اذ لها انواع مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كالبيع يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما
واشتراط البراءة عن سلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق
التسليم فوق استحقاق التسليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة
عن العيوب يجوز فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تلك الشيء لا تنقطع به
وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب

مانع

فقط

وصف

والعلم عند علام الغيوب. محرره

ولو قالت طلقني ثلاثاً بالف فطلق واحدة فلها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث
بالف فقد طلبت كل واحدة من الثلاث بثلث الالف وهذا لان حرف البا يصحب
الاعواض والعوض ينقسم على المعوض وبانت لوجوب المال وفي طلقني ثلاثاً
على الف والمسئلة بحالها يقع الطلاق رجعيا بلا شي يعني لو قالت طلقني ثلاثا
على الف فطلقها واحدة يقع رجعياً ولا شي عليها عند ابي ح رح وعندهما كما لبا
لان كلمة على بمنزلة البا في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء
ولابي ح رح ان كلمة على للشرط قال الله تعالى على ان لا يشركن بالله شيئاً اي يبايعنك بشرط
عدم الاشراك بالله واذا كانت للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط وذلك لان المشروط
لا يوجد الا عند وجود الشرط والشرط عبارة عن جميع اجزائه لا يوجد الشرط فلا يقع
جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط لعدم وجود الشرط بخلاف البا لانها للعوض
واذا لم يجب المال كان الزوج في ايقاع الطلاق مبتدئاً غير مبني على سؤالها فيقع وعليه
قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم
لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما
ذهبنا اليه مجاز آخر وليس احد المجازين اولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين
الشرط والجزاء كذلك هو موجود بين العوض والمعوض والجواب عن الاول
ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعاً لمتبوعه وان لم يقبله مستقلاً
وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين اي بين العوض والمعوض بالتضايف
وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازاً الى الحقيقة والمجاز الاقرب
الى الحقيقة اولى على ما عرفنا انتهى ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً بالف او على الف
فطلقت واحدة لا يقع شي لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها
بخلاف قولها طلقني ثلاثاً بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى
ولو قال لها انت طالق بالف او على الف فقبلت بانت ولزمها المال وانما لزم
القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك ومعنى قوله على الف
على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل
قبل وجوده ووجوده بالقبول والطلاق باين لوجوب المال ولو قال انت طالق
وعليك الف او قال لعبده انت حر وعليك الف طلقت وعتق العبد مجاناً
وان لم يقبل وعندهما ان لم يقبلا لم يقع الطلاق ولا العتق واذا قبلا لزم المال
فعلم من هذا ان الخلاف بينه وبينهما في موضعين احدهما ان المرأة او العبد اذا قبل
وقع الطلاق والعتاق مجاناً عند ابي ح رح ولا اعتبار بقبولهما وعندهما يجب على المرأة
او العبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عند ابي ح رح
كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لا يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة
فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو
على معنى البا بدلالة المعاوضة كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت قال الولي
الفاضل سعدي افندي وفيه بحث انتهى يقول الفقير وجه البحث والله اعلم انه اذا
حمل الواو على معنى البا في وعليك درهم وكذا في قوله ولك درهم لا يمكن تقديره بوجه
من الوجوه تدبر قال صاحب العناية وههنا طريق آخر وهو ان يجعل الواو
للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها
اذ الاحوال شروط فاذا قبلت وجب الالف ولابي ح رح ان قوله وعليك الف جملة تامة منها
وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا
لان الطلاق والعتاق لا ينفكان عن المال بل عامة الكلام فيهما الاستعمال عن العوض بخلاف البيع
لانهما لا يوجدان دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلاً

قال الولي سعدي افندي

قال الولي سعدي افندي اقول قال ابن الهمام فالواو باقية على المعنى الحقيقي وهو العطف
فيكون الزوج بعد الايقاع عطف جملة اخرى وهي دعوى المال عليها ابتداء ومحصل كلامه
ان المال في الصورتين لا يلزمها الا باقرار او بينة انتهى يقول الفقير فعلى هذا يلزم ان
يكون قبولهما اقرارا وليس كذلك لان ابا ح رح لم يعتبر قبولهما اصلاً تدبر
والخلع معاوضة في حقها اي في حق المرأة لانها تبذل مالا لتسلم نفسها فيصح رجوعها اي رجوع
المرأة قبل قبوله اي قبول الزوج بعد ما اوجب ويصح شرط الخيار لها ويبطل الخلع
بالقيام عن المجلس قبل قبوله كما هو حكم المعاوضة والخلع يمين في حقه اي في حق الزوج
لانه تعليق الطلاق بشرط قبولها المال فلا يرجع بعد ما اوجب قبل قبولها كما لا يصح الرجوع
عن اليمين ولا يصح شرط الخيار له كما لا يصح في اليمين ولا يبطل بالقيام عن المجلس
قبل قبولها كما لا يبطل اليمين به بل يصح ان قبلت بعد المجلس وجانب العبد
في العتق على مال كجانبها فيكون من طرف العبد معاوضة ومن جانب المولى يمينا
فيترتب احكام المعاوضة في جانبه واحكام اليمين في جانب المولى ثم ان كون الخلع معاوضة
في جانبها ويمينا في جانبه قول ابي ح رح وعندهما يمين من الجانبين فيترتب عليه احكام
اليمين في جانبها ايضا ولو قال لها طلقتك امس بالف فلم تقبلي فقالت بل قبلت
فالقول له ولو قال البايع كذلك اي لو قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف امس
فلم تقبل فقال بل قبلت فالقول للمشتري ووجه الفرق ان الطلاق بمال يمين من جانب
الزوج والقبول شرط الحنث فيتم اليمين بلا قبولها فلا يكون الاقرار باليمين اقرارا بشرط
الحنث لصحتها بدونه فكان القول قوله لان الزوجين اذا اختلفا في وجود الشرط
فالقول قول الزوج لانه منكر واما البيع فايجاب وقبول ولا صحة لاحدهما بدون الآخر
فصار الاقرار بالبيع اقرارا بالايجاب الاول فاذا انكره فقد رجع عما اقر به فلا يصدق
والمبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من برئ الشريكان اذا برئ كل منهما صاحبه فترك الهمزة
خطأ كذا في المغرب كالخلع ويسقط كل منهما اي كل من الخلع والمبارأة كل حق لكل
واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة
لان للمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامت في العدة صرح به الحاكم الشهيد في الكافي
فلا تطالب هي اي المرأة بمهر ولا نفقة ماضية مفروضة فان غير المفروضة لا تطالب بها مطلقاً
ولا يطالب هو اي الزوج بنفقة عجلها ولم تمض مدتها اراد النفقة المعجلة ولا بمهر سلم اليها
وخلع قبل الدخول لان جميعها مما يتعلق بالنكاح فانهما يسقطانها جميعاً عند ابي ح رح
وعند محمد لا يسقط كل من الخلع والمبارأة الا ما سمياه فيهما اي في الخلع والمبارأة
وابو يوسف مع الامام في المبارأة ومع محمد في الخلع لمحمد ان كل واحد من الخلع والمبا
معاوضة في المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب آخر
لا يسقط بهما ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح ولابي
يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك
يقتضي براءة كل منهما عن الآخر ولفظ البراءة مطلق فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض
وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح
وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باسقاط تلك الوصلة وقيل الغرض
هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح
واما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى الانقطاع
ولابي ح رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل عن العمل
والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وهو قد حصل مطلقاً كالمبا
فيعمل الاطلاق في النكاح باحكامه وحقوقه كالمبارأة فلا كمال الفصل
ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع لتسقط به وانما تجب بعده شيئاً فشيئاً

ولو خلع صغيرة من زوجها بمالها لا يلزم المال لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حال الخروج
غير متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فان الرجل لو زوج ابنه الصغير
امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حال الدخول ولا يسقط مهرها لانه اذا لم يجز الخلع
لا يسقط مهرها وطلقت في الاصح لانه تعليق بشرط القبول وقد حصل لان ذلك الاب
كلسانها وفي رواية لا تطلق والاول اصح وفي الكبيرة يتوقف الخلع على قبولها لانه لا
ولاية له عليها فصار كالفضولي ولو خلع الاب على انه ضامن لبدل الخلع لزمه اي الاب
المال في المسئلتين لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى
وطلقت الصغيرة والكبيرة ان قبلت الخلع ثم انهم قالوا معنى الضمان في الصغيرة التزام
المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق بها مالا حتى يتكفل منها
ولو شرط المال عليها اي على الصغيرة طلقت بلا شيء ان قبلت يعني ان كانت من اهل القبول
بان تعقل ان الخلع سالب والنكاح جالب وقبلت لما وقع الطلاق فلوجود الشرط
وصحة الخلع تفتقر اليه لا الى لزوم المال واما عدم وجوب المال فلانها ليست من اهل
الغرامات والاداء وان لم تقبل سواء كانت من اهل القبول ولم تقبل او لم تكن من اهل القبول
فلا تطلق يقول الفقير سوق الكلام المصنف يشعر برجوع ضمير عليها الى المرأة صغيرة او كبيرة
لانه في بيان صور هذه المسائل ولو خلع صغيرة من زوجها بمالها اه ثم قال وفي الكبيرة
يتوقف على قبولها ثم قال ولو خلع على انه ضامن لزمه المال وقال صاحب المختار لزمه
في المسئلتين اتفاقا على انه لم يوجد في سائر المتون مسئلة الكبيرة بل وقعت في المختار
فتبعه المصنف فذكرها ثم قال فلو شرط المال عليها فاقتضى السوق رجوع الضمير الى المرأة
مطلقة صغيرة او كبيرة فيكون المعنى ولو شرط المال على المرأة صغيرة او كبيرة طلقت بلا شيء
ان قبلت الكبيرة وكذلك الصغيرة ان كانت من اهل القبول وقبلت لكن ما ذكروه
في دليل عدم وجوب المال من انها ليست من اهل الغرامات لا يجري في الكبيرة بل يجري في
الصغيرة فقط اذا عرفت هذا فاعلم ان اللازم على المصنف ان يقول ولو شرط المال
على الصغيرة صريحا دون ان يقول عليها لانه يشعر بعموم هذه المسئلة الكبيرة والصغيرة
مع ان ما ذكروه في دليل عدم وجوب المال يقتضي اختصاصها بالصغيرة اللهم الا ان
يلتزم رجوع الضمير الى الصغيرة فقط على ما شرحناه اولا اقتداء بشراح المتون
الا ان مسئلة الكبيرة غير موجودة في المتون بل وقعت هذه المسئلة متصلة بمسئلة
الصغيرة تبرعا وخلع المريضة مرض الموت معتبر من الثلث لكونه تبرعا لان البضع غير
متقوم حال الخروج

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب المحرمات المتنوعة في اول كل باب منها ونحتاج هنا الى وجه تقديم الظهار على اللعان
ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير المحصنة حتى يوجب
حد القذف موجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة مقابلة الظهر بالظهر
فان الشخصين اذا كان بينهما عداوة يجعل كل منهما ظهره الى ظهر الاخر وشرعا
هو تشبيه زوجته او عضو منها يعبر به عن جملتها مثل الرقبة والعنق والرأس والبدن
والجسد والفرج والوجه ونحوها او جزء شايع منها كنصفها او ثلثها بعضو يحرم عليه النظر اليه
من محارمه على التأبيد ولو رضاعا فلو قال لها انت علي كظهر امي اي شبه
زوجته او ما يعبر به عنها او جزء شايع منها بالتشبيه كبطنها او فخذها او
كظهر اختي او عمتي ونحوهما من محارمه على التأبيد حرم جواب لو عليه وطؤها ودواعيه
اي دواعي الوطء حتى يكفر لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا
فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله
ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل بالنكاح

وبيان ذلك ان احدهم في الجاهلية كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا ولم يجدوا موضعا
احسن في الذكر ولا استر من الظهر اصابة للمعنى المراد فاستعملوه دون غيره
ولهذا سمي ظهارا ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وكان
قد ساء خلقه بكبر سنه فراجعته في بعض امره فقال انت علي كظهر امي
ثم خرج فجلس في نادي قومه ثم رجع الي فراودني فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي
وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوثب علي فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير
وخرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا فلبستها ثم اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني اليه فجعلت اشكو
الى الله ما القى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه
عند نزول الوحي فلما سري عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى
قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى اخر آيات الظهار ثم
قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين متتابعين
فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت
ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا اعينه بعرق ايضا
قال افعلي واستوصي به خيرا كذا في العناية وفي رواية اخرى فاتيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعد ما قال زوجي ما قال فاخبرته فقال عليه السلام حرمت عليه
فهتفت وقلت ان لي صبية صغارا ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا
فشكوت الى الله تعالى وقلت اللهم انزل على لسان نبيك فنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اخر الحديث
فلو وطئ قبل التكفير فليس عليه غير الاستغفار وغير الكفارة الاولى اي غير الكفارة
الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي
واقع امرأته في الظهار قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد ولو كان شيء اخر واجبا
لبينه عليه السلام وروى بعضهم عن سعيد بن جبير ان عليه كفارتين
والعود الموجب للكفارة عزمه على وطئها وقال الشافعي المراد من العود الموجب
للكفارة هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار وينبغي لها ان تمنع نفسها منه
لانه حرام وتطالبه بالكفارة ويجبره القاضي عليها ايفاء لحقها واللفظ المذكور
يعني قوله انت علي كظهر امي وما بمعناه لا يحتمل غير الظهار لانه صريح فيه ولو
نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به ولو قال انت علي
مثل امي او كامي فان نوى الكرامة صدق لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام
او نوى الظهار لانه تشبيه بالام في الحرمة وكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق
وان لم ينو شيئا فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة
وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه ببعضها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى
ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فكما نوى لانه يحتمل الوجهين
الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم تكن نية
فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار كذا في الهداية قال صاحب البناية
ورد الصدر الشهيد الخلاف وقال الخلاف غلط ولو قال انت علي حرام كظهر امي
ونوى طلاقا او ايلاء فهو ظهار وكذا اذا لم ينو عند ابي حنيفة وعندهما ما نوى يعني ان
نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء ذكره الصدر
الشهيد والامام العتابي في شرحهما الجامع الصغير لان التحريم يحتمل كل ذلك
من الطلاق والظهار والايلاء والنية المحتملة صحيحة غير ان عند محمد اذا نوى طلاقا لا يكون ظهارا
وعند ابي يوسف يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار
ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء

في الطلاق
ولا يصح له انه صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج فيه الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء
ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق والظهار ويرجح التحريم اليه
اي الى الظهار كما هو لا يحتمل غيره فيحمل على المحكم ولا ظهار الا من الزوجة فلا ظهار من امته لقوله تعالى
من نسائهم ولان الحل في الامة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع او
مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا يكون الامة في معنى المنكوحة
حتى تلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة ولا ظهار من نكحها
بلا امرها فظاهر منها فاجازت النكاح يعني تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت
فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق
من حقوقه حتى يتوقف عليه ولو قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا
منهن لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة
لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف
الايلاء منهن بان يقول والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن
جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة لصيانة حرمة الاسم
ولم يتعدد ذكر الاسم وان ظاهر من واحدة مرارا في مجلس او مجالس فعليه لكل ظهار كفارة
لان تكرر الظهار كتكرر اليمين فكما يتكرر الكفارة في اليمين المتكررة تتكرر في الظهار المتكرر
قال صاحب الاختيار وعن محمد عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا قال لامرأته انت علي كظهر امي
مائة مرة وجب عليه مائة كفارة وهي اي الكفارة عتق رقبة قال صاحب العناية
اي اعتاق رقبة فان العتق قد لا يجوز ان ينوب عن الكفارة الا ترى انه لو ورث اباه ونوى
الكفارة لا يخرج من عهدتها يجوز فيها عتق العبد المسلم والكافر والذكر والانثى
والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق
المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافر ويقول الكفارة حق الله تعالى
فلا يجوز صرفها الى عدو الله ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق
ويجوز العبد الاعور الذي ذهب احدى عينيه والاصم الذي اذا صيح يسمع ومقطوع
احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات من الاعور والاصم المذكور
والمقطوع المذكور جنس المنفعة بل اختلت ويجوز عبد مكاتب لم يؤد شيئا من بدل
الكتابة لان الرق فيه قائم من كل وجه ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والشافعي يخالفنا فيه لانه استحق الحرية بجهة
الكتابة فاشبه المدبر قال صاحب البناية وهذا الزام من الشافعي على اصحابنا
على ما قالوا به وحاصل الالزام ان المدبر لا يجوز اعتاقه عندكم عن الكفارة
لانكم قلتم انه استحق الحرية بجهة فينبغي ان لا يجوز اعتاق المكاتب ايضا لانه استحق
العتق بجهة لكن الالزام باطل لانه ينفسخ وذلك لا يكون قياسا مع الفارق
ولا يجوز الاعمى والاصم الذي لا يسمع اصلا والاخرس ومقطوع اليدين
او ابهاميهما او الرجلين او يد ورجل من جانب واحد لانه فات جنس المنفعة فيهم وهو
الاول المقطوع ابهامي اليدين فانه يحتاج الى البطش وعمدة قوة البطش بهما فبفوتهما يفوت جنس
منفعة البطش ايضا قال صاحب غاية البيان نقلا عن الاجناس ويجوز مقطوع الانف ومقطوع الشفتين
اذا كان يقدر على الاكل ولا يجوز ساقط الاسنان كلها ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحية
والرأس ونقل عن نوادر ابن شجاع وقال في شرح الطحاوي ويجوز الاعشى والعنين والخنثى
والامة الرتقاء انتهى قال صاحب الاختيار وثلاثة اصابع من اليد لها حكم الكل انتهى ولا يجوز
مجنون مطبق الذي لا يعقل اصلا لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائتا
والذي يجن ويفيق يجزئه لان الاختلال غير مانع قال صاحب العناية يعني اذا اعتقه في حال افاقته
انتهى يقول الفقير لم يجد هذا القيد في غيره من الكتب التي عندنا

ولا يجوز عتق مدبر وام ولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا فانه
اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلته شيء من الضعف الحكمي
ومكاتب ادى بعضها اي بعض بدل الكتابة لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجزئه لقيام
الرق من كل وجه ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما
لا يحتملان الانفساخ ومعتق بعضه لانه ليس برقبة كاملة ولو اشترى قريبه بنية الكفارة صح
عنها وقال الشافعي لا يصح لنا ان شراء القريب اعتاق قال النبي صلى الله عليه وسلم
لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اخبر النبي صلى الله عليه وسلم
ان الابن قادر على اعتاق الاب فيكون قادرا بنفسه يقال فيما اخبر ولا يقدر على
اعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لانه يعتق عليه بالشراء فيكون نفس الشراء
اعتاقا فاذا نوى بالشراء الكفارة يصير اعتاقا عن الكفارة فيصح ويجزئه كذا في الاختيار
وعند الخلاف ما ورثه فانه لا يجزئه عنها والفرق ان الشراء اختياري وفيه ولا
يصح عن كفارته لو حرر نصف عبده عنها ثم حرر باقيه قبل وطء من ظاهر منها اما
عندهما فظ لان الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا
بكلامين واما عنده فلانه اعتقه بكلامين والنقص حصل في النصف بسبب الاعتاق
للكفارة ومثل هذا غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان
لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة لم يمنع ولو حرر
نصف عبد مشترك عنها وضمن باقيه لا يجزئه عن الكفارة عند ابي حنيفة رحمه الله موسرا
كان او معسرا خلافا لهما فانهما يقولان ان كان موسرا اجزأه لانه يملك نصيب صاحبه
بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما
فاذا اعتق نصيبه عتق كله الا ان المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وتملكه
فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان معسرا لانه وجب عليه
السعاية في نصيب شريكه فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب صاحبه
ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان لان الاعتاق يتجزى عنده فانما يعتق نصيبه فقط
في الابتداء وبقي النصف ونصف الرقبة ليس برقبة وقد يكون النقصان في
النصف الاخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع في ملك شريكه
ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع الكفارة فصار كانه اعتق عبدا الا شيئا منه
وكذا على هذا الخلاف لو حرر نصف عبده ثم جامع التي ظاهر منها ثم حرر باقيه
فانه لا يجزئه عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل
المسيس بالنص واعتاق النصف حصل بعده وعندهما يجوز لان اعتاق النصف
اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس فان لم يجد يقول الفقير اي وان لم يجد ما
يحرر ما يعتق ولا ثمنه صام شهرين متتابعين لان التتابع منصوص عليه فان
صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام بغير الاهلة
فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل ليس فيهما رمضان
ولا شيء من الايام المنهية لان شهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى
والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل قال صاحب البناية الا
اذا كان مسافرا فصامهما شعبان ورمضان بنية الكفارة اجزأه عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
انتهى فان وطئها فيهما ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف فانه لا يستأنف عنده لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم
وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض
وفيما قلتم تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس
وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف

وانما قال فان وطئها لانه ان جامع غيرها فان كان وطئها يفسد الصوم كالجماع بالنهار
عامدا يقطع التتابع فيلزم الاستيناف بالاتفاق وان لم يكن وطئا يفسد
الصوم بان وطئ بالنهار ناسيا او بالليل كيف ما كان لم يقطع التتابع فلا يلزم
الاستيناف بالاتفاق وانما قيد بقوله نهارا وبقوله ناسيا لانه اذا جامعها في النهار
عامدا يستانف بالاتفاق قال صاحب العناية واما ذكر العمد في الليل فقد وقع
اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطئ بالليل سواء فعلم منه ان لا اختلاف في وطئ
لا يفسد الصوم وان افطر بعذر او بغير عذر استانف اجماعا لفوات التتابع وهو
قادر عليه عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المرأة في كفارة القتل والافطار بعذر
الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة عادة لانها لا تجد شهرين متتابعين لا حيض
فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في اخر يوم من الشهرين
فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه الاعتاق وصار صومه تطوعا لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته
فان لم يستطع الصوم اطعم هو اي المظاهر او نائبه ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا ومعنى قوله او نائبه انه ان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزأه
كل مسكين كالفطرة يعني نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير او قيمة ذلك
اي ويعطي كل مسكين قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير بقوله الفقير ولا يخفى
ما في العطف ونفي المشار اليه بذلك من المسامحة والصعوبة ولو قال قدر الفطرة او قيمة
ذلك لكان سالما منهما وعند الشافعي لا يجوز دفع القيمة قال صاحب العناية ولا كل
فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يجوز ان يكون بدلا من جنس اخر هو منصوص
عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار بمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار
في غيره قال صاحب الدرر ومنه او قيمته من غير المنصوص ثم قال في شرح الاشياء
المنصوصة كالبر وقيمته وسويقه والزبيب والتمر والشعير وغيرها كالارز والعدس والذرة
ونحوها فان ربع صاع من التمر اذا ساوى نصف صاع بر او صاع شعير قيمة لم يجز دفعه بخلاف
الارز والعدس والذرة مثلا فان ربع صاع منه اذا ساوى نصف صاع بر او صاع شعير قيمة
جاز دفعه وهو مبني على اصل مقرر في شروح الجامع الكبير ان المنصوص لا ينوب اخاه
ويصح اعطاء من بر ومنوي شعير او تمر فان من بر ومنوين شعيرا او تمرا تبلغ بالوزن نصف
صاع بر او صاع شعير وتمر ولما كان هذه الاشياء متحدة الجنس لان الكل من حيث الاطعام
جنس واحد جاز تكميل احدهما بالاخر كذلك القيمة وكذلك ربع صاع بر ونصف صاع
شعير او تمر يبلغ بالكيل نصف صاع بر او صاع شعير او تمر كذا في الدرر بقوله الفقير
ويخطر ببالي هنا بحث الاظهر في كلام احد التصريح به ولا الاشارة اليه تبرعه حتى تفضل
بالبحث وجوابه وتصح الاباحة في الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين
وجزاء الصيد والفدية حتى لو غداهم وعشاهم جاز لوجود الاباحة وقال الشافعي
لا يجزئ الا التمليك كالزكاة والفرق ان المنصوص هو الاطعام فيها وهو التمكين من الطعم
دون الصدقات كالزكاة وصدقة الفطر والعشر فيشترط التمليك شرطا
لان المنصوص فيها الايتاء والاداء وهما للتمليك والضابط ان ما شرع بلفظ الاطعام
والطعام يجوز فيه الاباحة وما شرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط فيه
التمليك كذا في الكافي وشرح الكنز فلو غداهم وعشاهم اي اطعمهم
في الغداة ومرة في العشي او غداهم غداءين او عشاءين او اشبعهم جاز قال صاحب
العناية المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غداءان او عشاءان
لكل مسكين فان المعتبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المحيط
من ابيح له اذا غدا ستين وعشا ستين اخرين لا يجوز انتهى

وان قل ما اكلوا

وان قل ما اكلوا يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعانا اختلف المشايخ فيه
فمنهم من قال يجوز لانه المطعم القدر المعين وقد شبع ومنهم من قال لا يجوز لان المقصود اشباع
الستين وهو ما اشبعهم ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع دون
خبز الحنطة لانه يمكنه الاستيفاء الى الشبع بدون الادام ولو اطعم فقيرا واحدا ستين يوما اجزأه
لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره
وان اعطاه اي الفقير الواحد طعام الشهرين في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا
خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه
فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له
الى سد الخلة بصرف وظيفة اخرى اليه وقيل يجزئه لان الحاجة الى التمليك كثيرة
تتجدد في يوم واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة
بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته منه في يوم ينتهي حاجته الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام
وبخلاف ما اذا وقع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص وهو قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا
ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى سبع حصيات دفعة واحدة
فان جامعها في خلال الاطعام لا يستانف لان الله تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل
المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس
والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات
المكروهة كذا في الهداية والعناية ولو اطعم ستين فقيرا كل فقير صاعا من بر
عن ظهارين لا يصح الا عن واحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما ولو
اطعم كذلك عن ظهار وافطار صح عنهما اتفاقا فلمحمد في المسألة الاولى ان بالمؤدى وفاء
اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر فيقع الصاع عنهما لا محالة
والمصروف اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة لم
تعينه فيقع عنهما كما لو اختلف السبب بان اطعم ذلك عن ظهار وافطار او فرق في الدفع
ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لانها للتمييز بين الاجناس المختلفة والغرض عنهما فلغت
النية واذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير واد
المقادير يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة فانه يقع
عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا فرق في الدفع فانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر
وفي العناية بحث مع جوابه فراجعه وكذا لو حرر عبدين عن ظهارين او
صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين فقيرا صح عنهما اي عن الظهارين وان لم يعين
لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان حرر عنهما اي الظهارين رقبة واحدة
او صام عنهما شهرين او اطعم عنهما ستين مسكينا ثم عين عن احدهما صح في العتاق
ان لا يجوز وهو قول زفر لخروج الامر عن يده ولو حرر رقبة واحدة او صام شهرين
او اطعم ستين مسكينا عن ظهار وقتل لا يجوز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزئ عن
احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات
باعتبار اتحاد المقصود وهو رفع الذنب جنس واحد والنية في الجنس الواحد غير معتبرة فلو نوى
اصل الكفارة كان له ان يجعل عن ايهما شاء فكذا هنا ولنا ان النية التعيين في الجنس
المتحد لغو قيل معناه نية التوزيع في الجنس الواحد وكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة
عن ظهارين وله ان ينوي عنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك هنا بخلاف ما اذا
كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لان نية التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة فلم يكن عن واحد
ولو ظاهر العبد لا يجزئه الا الصوم اي صوم شهرين اذ لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال
وقال النخعي يكفي بصوم شهر اعتبارا بالعقوبة لانه شرع زاجرا كالحدود وان اعتق عنه سيده او اطعم
لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه والكفارة عبادة فعل الاخر لا يكون فعله

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا
ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان في الغضب ايضا لان اللعن من جانب الرجل
وهو متقدم وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح
حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادة المخصوصة وحكمه
حرمة الوطي والاستمتاع كما في نقل اللعان هو شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الزوج يعني انهما اذا تلاعنا سقط عنه حد القذف
ومقام حد الزنا في حقها يعني انهما اذا تلاعنا سقط عنها حد الزنا اعلم ان
موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله
والذين يرمون المحصنات الاية ولما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال
كنا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارايت الرجل يجد
مع امرأته رجلا فان قتله قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال
اللهم افتح فنزلت اية اللعان ولانه قال النبي صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية
حين قذف امرأته لشريك بن سحماء ائت باربعة من الشهداء يشهدون على صدق
مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الان يجلد هلال بن امية فيبطل شهادته
في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باية اللعان
فنظرنا في اية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات مؤكدة
بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها
لان الله تعالى قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية
ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء
ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع
نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه
باللعن لو كان كاذبا تاكيدا وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن
كثيرا على ما ورد به الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم انكن تكثرن اللعن
وتكفرن العشير فسقط حرمة اللعن عن اعينهن فنساهن مجترئات على الاقدام لكثرة
جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها
بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادات مقام الحد في الطرفين
وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والاستشهاد
كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام عليه
فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف لجرى فيه التداخل والتعدد
وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او في كلام واحد متفرق
فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف حد واحد
اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لانه صار بدلا
عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف
المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك باقامة حد واحد وههنا لا يحصل
بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمة اللعان فقد يكون صادقا في حق بعضهن دون بعض
والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى
لو كان محدودا في قذف كان عليه حد واحد لان موجب قذفهن الجلد والمقصود
يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وكون اللعان شهادات مؤكدات بالايمان عندنا
وعند الشافعي اللعان ايمان مؤكدات بالشهادات حتى من كان اهلا لليمين كان اهلا للعان كذا في العناية

قوله كما في نقل اللعان الكافي في اللعان قائم

فسقط

فلو قذف

فلو قذف زوجته بالزنا وكل منهما اهل للشهادة احترز به عما اذا لم يكن اهلا للشهادة حتى لا يجري اللعان
بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم وان صلح شاهدا على مثله وهي ممن يحد قاذفها حتى لو لم تكن
ممن يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب او نفي
معطوف على قذف فيكون فعلا ماضيا او على قوله بالزنا مصدرا نسب ولدها وطالبته
بموجبه اي بموجب القذف وهو الحد ولا بد من طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر
حقوقها ولان المطالبة من شرط اللعان واذا لم تكن ممن يحد قاذفها بان لا تكون عفيفة
ليس لها المطالبة لفوات شرطها وهو العفة فحاصله ان العفة شرط المطالبة والمطالبة
شرط اللعان وجب عليه اللعان اما القذف بالزنا فظاهر واما اذا نفي نسب
ولدها فلانه صار قاذفا لها فلا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي عن شبهة
وههنا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف
فان ابى الزوج من اللعان حبس اي حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكون يكذب نفسه فيحد
لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه
ليرتفع سبب اللعان وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الاخر
فيما يدعيه واما اذا كذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في انها لم تزن فلا يجري
اللعان بعد ذلك فان لاعن الزوج وجب اللعان عليها اي على المرأة لما تلونا من النص
وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله الاية فان ابت اي المرأة عن اللعان
حبست حتى تلاعن او تصدقه لانه مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه ولم يقل
او تصدقه فتحد كما قال في جانب الزوج فيحد لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب
بالتصديق مرة ولا يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا
فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان قال ابن الملك
وما وقع في بعض نسخ القدوري او تصدقه فتحد فغلط فان لم يكن الزوج من اهل
الشهادة بان كان عبدا او كافرا بان كانا كافرين واسلمت المرأة وقذفها الزوج
قبل ان يعرض عليه الاسلام او محدودا في قذف وهي اي المرأة من اهلها اي من
اهل الشهادة حد لانه تعذر اللعان بمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار
الى الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية
فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود
الشرط فاذا عدم صير الى الاصل وان كان الزوج اهلا وهي اي المرأة امة او صغيرة
او مجنونة او محدودة في قذف او كافرة او ممن لا يحد قاذفها بان كانت حبية
او زانية فلا حد عليه ولا لعان لعدم اهلية الشهادة وعدم احصانها لكنه يعزر
لانه اذاها والحق الشين بها فلم يجب الحد فيجب التعزير حسما لهذا الباب كذا
في الاختيار فان قيل ينبغي ان يجب حد القذف عليه لان اللعان خلف عنه فاذا
امتنع اللعان يصار الى موجبه الاصلي قلنا امتناع اللعان لمعنى من جهتها
واهلية اللعان موجودة في حقه اذ هو من جهة من شرع اللعان في حقه فلا يجب
عليه الحد والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم
اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك كذا في
الهداية والكافي قال صاحب العناية قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث
ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي
الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام وكفى بابي بكر الرازي لعلمه
وفقهه وضبطه مقتدى انتهى بعض الفضلاء ثم ان المصنف عطف قوله او ممن لا يحد
قاذفها على ما قبله ولو قال وان كان اهلا وهي ممن لا يحد قاذفها واقتصر عليه لكان اسلم لان ما
من كونها امة او صغيرة او مجنونة او محدودة في قذف او كافرة اسبابا لكونها ممن لا يحد قاذفها تدبر

مطلب تصحيح نسخ القدوري

وصفته اي صفة اللعان ان يبتدئ بالزوج لانه هو المدعي ولان النبي عليه الصلاة والسلام بدأ به في اللعان فيقول الزوج اربع مرات اشهد بالله اني لصادق فيما رميتها به من الزنا ويقول في المرة الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان كاذبا فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تقول هي اي المرأة اربع مرات اشهد بالله انه كاذب فيما رماني به من الزنا وتقول في المرة الخامسة غضب الله عليها ان كان صادقا فيما رماني به من الزنا تشير اليه في جميع ذلك والاصل فيه ما ورد في النص وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقول بلفظ المواجهة فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال ووجه الغائبة انه اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال وان كان القذف بنفي الولد ذكر اي ذكر الزوج والمرأة نفي الولد عوض ذكر الزنا يعني يقول الزوج فيما رميتها به من نفي الولد وتقول المرأة فيما رماني به من نفي الولد وان كان القذف بالزنا ونفي الولد جميعا ذكرهما اي ذكر الزوج والمرأة ونفي الولد جميعا كان يقول الزوج فيما رميتك به من الزنا ونفي الولد وتقول المرأة فيما رماني به من الزنا ونفي الولد فاذا تلاعنا فرق الحاكم بينهما ولا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو مات احدهما قبل تفريق الحاكم ورثه الآخر وقال زفر تقع الفرقة بنفس اللعان لانه تثبت الحرمة المؤبدة وهو قوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان فنفي الاجتماع بعد التلاعن تنصيص على وقوع الفرقة بينهما وقال الشافعي تقع الفرقة بينهما بنفس لعان الزوج لانه من شهد عليها بالزنا اربع مرات واكد ذلك باللعن فالظاهر انها لا تلتفت فلم يكن في بقاء النكاح فائدة فلم يبق النكاح بينهما كما اذا ارتد احد الزوجين ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع عن التسريح ناب القاضي منابه دفعا للظلم قال صاحب الهداية دل عليه انه لا تقع الفرقة بنفس اللعان حتى يفرق الحاكم قول المتلاعن وهو عويمر عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلاثا وبيانه انه صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عويمر وامرأته قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها هي طالق ثلاثا فاوقع الثلاث عليها بعد التلاعن ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما بنفس التلاعن لانكر عليه وروي انه لاعن بين هلال وامرأته فلما فرغا فرق بينهما فقوله فرق بينهما يدل على بقاء النكاح بينهما بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق يقتضي قيام الوصل وهو اي تفريق الحاكم طلقة بائنة عندابي حنيفة ومحمد لان فعل القاضي منسوب الى الزوج لنيابته عنه كالعنين فيجوز خطبته بعد اكذاب نفسه عندهما كما يجيء عن قريب وعند ابي يوسف تحرم مؤبدا لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان هذا الكلام انما يثبت للمتلاعنين وبعد الاكذاب نفسه لم يبق متلاعنا حقيقة لان الحد يلزم عليه بالتزويج بعد الحد اقامة الحد بطلان اللعان لان الاصل والخلف لا يجتمعان وينفي الحاكم نسب الولد عن الزوج ان كان القذف به اي بنفي الولد قطعت نسب هذا الولد عنه بعد ما قال فرقت بينهما كذا روي عن ابي يوسف وفي المبسوط هذا هو الصحيح وعند بعضهم لا يلزم التصريح بنفي الولد لكن يتضمن القضاء بالتفريق اي يحصل نفي الولد في ضمن القضاء بالتفريق ويلحقه بامه لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد هلال بن امية رض من هلال والحقه بامه بعد ما قذف امرأته بنفي الولد ولاعن

فان اكذب

فان اكذب نفسه بعد ذلك اي بعد اللعان حد لاقراره بموجب الحد وحل له ان يتزوجها بعد الاكذاب لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع اللعان بحكمه المنوط به وهو التحريم خلافا لابي يوسف كما بينا آنفا ان اللعان تحريم مؤبد عنده لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وجوابه سبق وكذا يحل له ان يتزوجها ان قذف غيرها فحد او زنت فحدت اما اذا قذف غيرها فحد فلما بينا من انه لم يبق اهلا للعان فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم واما اذا زنت فحدت فلانتفاء اهلية اللعان من جانبها ايضا ولا لعان بقذف الاخرس لانه قائم مقام حد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لا تعرى عن شبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولا لعان بنفي الحمل عند ابي حنيفة وزفر لانه لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وعندهما يلاعن ان اتت به لاقل من ستة اشهر من وقت النفي لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط كانه قال ان كان بك حمل فانت زانية والقذف لا يصح تعليقه بالشرط لان القذف مما لا يحلف به لا فضائه الى ابقائه الى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف ونحو ذلك اختيار لا ايثار بايذاء بالشتم ولو قال زنيت وهذا الحمل منه اي من الزنا لاعنا اي تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولا ينفي القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال رض وقد قذفها حاملا ولنا ان نفي الولد حكم من احكام والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبل انفصال الولد والنبي عليه السلام عرف قيام الحمل بطريق الوحي لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به اصيهب حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي قوله اصيهب تصغير الاصهب وهو الذي يضرب شعره الى الحمرة وقوله حمش الساقين بالسكون رقيقتهما والجمالي بضم الجيم العظيم الخلق ولو نفى الولد عند التهنئة ومدتها سبعة ايام من حيث العادة كذا في النهاية وابتياع آلة الولادة صح النفي ولاعن وان نفى بعد ذلك لاعن لوجود القذف بنفي الولد ولا ينتفي نسب الولد لان قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او شراء آلة الولادة او سكوته عن النفي حتى ان يمضي تلك الوقت اقرار منه بان الولد منه لانه اذا لم يكن منه لم يحل له السكوت عن نفيه بعد الولادة فلا يصح نفيه بعده كما لو وجد الاقرار صريحا وعندهما يصح النفي في مدة النفاس اذا كان حاضرا لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة ولابي حنيفة انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياع متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بسبعة ايام لانها مدة يستعد للعقيقة وانما يكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأي لا يجوز وروي عن ابي حنيفة انه مقدر بثلاثة ايام وذلك في الضعف مثل الاول كذا في العناية وان كان الزوج غائبا فحال علمه كحال ولادتها يعني لو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي ذكرت على الاصلين فيجعل كانها ولدت الآن فله النفي عند ابي حنيفة في مقدار ما تقبل التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لانه لا يجوز ان يلزمه النسب مع عدم علمه فصارت حالة القدوم كحالة الولادة

وان نفى اول توأمين وهما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر واقر بالآخر
حد لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان عكس بان اقر بالاول ونفى الثاني
لاعن لانه صار قاذفا بنفي الثاني ولم يرجع عنه فان قيل ينبغي ان يجب عليه الحد
لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي
الثاني فيعتبر فيه الاقرار بعد القذف ولو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب
ويجب الحد فكذا هنا واجيب بان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة
والاعتبار بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال انها زانية وفي
ذلك التلاعن ولا يكون ذلك اكذابا فكذا هنا ويثبت نسبهما اي نسب
التوأمين فيهما اي في النفي والاقرار وحكمه لانهما خلقا من ماء واحد
فثبوت نسب احدهما يلزم ثبوت نسب الاخر ضرورة هـ

باب العنين

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من نوع
لها تعلق بالنكاح والطلاق واخر لانه حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء كذا في العناية
يقول الفقير وفيه بحث تامل ويمكن ان يقال لما كان للعنين وما شابهه من المجبوب
ونحوه نسبة بالنكاح والفرقة جميعا ذكر احكام العنين وما شابهه بعد الفراغ عن احكام
النكاح والطلاق جميعا لكن اخره عن ابواب الطلاق لكون العنة ونحوها من العوارض كذا
يقول الفقير فيه ايضا تامل لانه بعض احكام الطلاق العدة ومن احكام النكاح ثبوت النسب
ومن احكامهما النفقة فلا يصدق قوله بعد الفراغ عن احكام النكاح والطلاق جميعا
هو اي العنين من لا يقدر على الجماع مطلقا او يقدر على الثيب دون البكر او يقدر
على الجماع بالثيب دون البكر وهو من عن يعن بضم العين اذا حبس العنة بضم العين اسم
وهي حظيرة الابل وهي ما يجعل لحفظ الابل والغنم او من عن اذا عرض لانه يعن ذكره
يمينا وشمالا قال صاحب المغرب ولم اعثر عليها الا في الجمهرة ثم انه لا فرق بين ان
تعم الآلة او لا ثم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر والى بعض النساء دون بعض
وبين ان يكون لمرض او لضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او غير ذلك فانه يعنى
عنينا في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها كذا في العناية هـ
فلو اقر انه لم يصل الى زوجته يؤجل الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة
قمرية هو الصحيح قال صاحب البناية اطلق محمد رح السنة ولم يقيده بالقمرية او
الشمسية لكن يعتبر سنة قمرية بالاهلة في ظاهر الرواية وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح
انه يعتبر سنة شمسية وهي تزيد على القمرية بايام اخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة
العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين القمرية والشمسية هذا هو المختار عندي
لانه احوط وقال الولوالجي يؤجل سنة قمرية لا شمسية هو الصحيح لان المطلق
والسنة تنصرف الى القمرية مطلقا وهي اقل من الشمسية باحد عشر يوما ثم اعلم ان
السنة القمرية هي التي تعرف بالاهلة اول شهورها المحرم الى ذي الحجة وهي
اثنا عشر شهرا فالسنة ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما وذلك لان ستة اشهر
من السنة يجيء كل واحد منها ثلاثين يوما كاملا والستة الاخرى يجيء ناقصة كل
واحد منها تسعة وعشرين يوما فيكون جملتها ثلاثمائة واربعة وخمسين يوما
والقمرية هي المعروفة عند الناس واما الشمسية فهي ان كانت في موضع من البروج
فاذا انتهت الى ذلك الموضع يكون سنة كاملة وبيانه مثلا ان الشمس اذا كانت
في اول نقطة من الحمل وقطعت فلك البروج وهو ثلاثمائة وستون درجة وانتهت
الى اخر الحوت الى اول نقطة من الحمل الذي كانت مبتدئة يكون سنة كاملة

قيل ان مقدار سنة الشمس ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم غير جزء من ثلثمائة جزء
وقد ذكر في الزيج مفصلا ولم يبين جزء من ربع يوم وقد ذكر شهورها وايامها
مفصلا فقيل تشرين الاول احد وثلاثون يوما تشرين الثاني ثلاثون يوما كانون
الاول احد وثلاثون يوما كانون الثاني احد وثلاثون يوما شباط ثمانية وعشرون
يوما وربع يوم آذار احد وثلاثون يوما نيسان ثلاثون يوما ايار احد وثلاثون يوما
حزيران ثلاثون يوما تموز احد وثلاثون يوما آب احد وستون يوما وربع يوم
والباقي يعرف في موضعه انتهى ما في البناية وقال صاحب العناية السنة القمرية وهي ثلاثمائة
واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يعتبر السنة الشمسية وهي ثلاثمائة
وخمسة وستون يوما وجزء من ثلاثة وعشرين جزء من اليوم وكذا ذكره صاحب الكافي
يقول الفقير قال صدر الشريعة وصاحب الدرر السنة القمرية اثنا عشر شهرا وهي تمامها
ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما وثلث عشر يوم وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
انه يؤجل سنة شمسية وهي مدة وصول الشمس الى النقطة التي فارقتها من
ذلك البرج وذلك في ثلاثمائة وخمسة وستين يوما وربع يوم انتهى ما قاله فيكون مخالفا
لما في البناية والعناية والكافي ولعل الصواب ما قالوا لا ما قال لان القمرية اثنا
عشر شهرا واذا كان كل واحد من ستة اشهر ثلاثين يوما وكل واحد من الستة الاخرى
تسعة وعشرين يوما يحصل ثلاثمائة واربعة وخمسون يوما كما لا يخفى فاين يحصل
ثلث يوم وثلث عشر يوم فرحم الله امرأ تفحص بين ما قالوا ووجه سبب حصول ثلث
وثلث عشر يوم فيها والى ما قلنا من المخالفة اشار في كلام الفاضل يعقوب باشا تدبر
ويحتسب منها اي من سنة التأجيل رمضان وايام حيضها يعني لا يعوض من ايام الحيض
وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك
لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها مدة الحيض وشهر
رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنهما لا يحتسب منها مدة مرضه او مرضها لان السنة
قد تخلو عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيتعوض عنه في ذلك ايام اخر
وعلى هذا فتوى المشايخ وروي عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع
الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب
عليه ويجعل له بدل مكانها وان احرمت بحجة الاسلام لا يحتسب على الزوج لانه
لا يقدر ان يحللها بخلاف ما اذا احرم الزوج حيث يحتسب عليه لان العجز جاء منه
وان كان الرجل محبوسا في السجن او محبوسا بمهرها فاستمهل من اجلها في المحبس لا يحتسب
تلك الايام وان لم تمتنع المرأة وكان ثمة خلوة يحتسب لان العجز جاء من قبله ولو كانت محبوسة
في حق وكان لا يمكن الخلوة معها يحتسب عليه تلك الايام كما اذا غاب الزوج
حيث يحتسب بذلك لان العجز من جهته والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال
فهو رجل يجوز له ان يتزوج امرأة فان لم يصل اليها اجل كما في العنين لان
رجاء الوصول يتحقق وان كان يبول من مبال النساء فهي امرأة فاذا زوجت رجلا
ولم يعلم بحالها ثم علم فلا خيار للزوج كذا في البناية فان لم يصل بها اي في السنة
فرق بينهما ان طلبت وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الامصار
كابي حنيفة واصحابه والشافعي واصحابه ومالك واصحابه واحمد واصحابه لان حقها ثابت في الوطي
ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك
فقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لغلبة رطوبة فيتداوى
بما يضاده من اليبوسة او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبايع فاذا مضت السنة
ولم يصل اليها يتبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح باحسان
فان امتنع ناب القاضي منابه فيفرق بينهما ولا بد من طلبها التفريق لانه حقها هـ

وهو ان التفريق طلقة بائنة انما كان طلقة ولم يكن فسخا لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وانما كانت الطلقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تصير معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطئ واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال مهرها ان كان قد خلا بها فان خلوة العنين صحيحة لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قال ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم ويجب العدة لتوهم الشغل احتياطا لما بيناه هنا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها كم آخر ومن هنا قال فلو قال الزوج وطئت وانكرت ان كان الاختلاف قبل التاجيل فلا يخلو من ان يكون ثيبا او بكرا فان كانت ثيبا فقال وطئت وانكرت او كانت بكرا فقال وطئت وانكرت فنظرن اليها فقلن ثيب فالقول له اي للزوج مع يمينه اما ان كانت ثيبا فلانه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة سلامة الآلة فكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله لقد اصبتها بطل حقها واما ان كانت بكرا فنظرن وقلن هي ثيب فلو مكان ان يكون بكارتها قد زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن فيكون حجة فان حلف فلا حق لها ايضا وان نظرن وقلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه بقولهن هي بكر ثم انه كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار يعني ان امكنها ان ترمي بولها الى الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيض فتصب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وكذا اي اجل ان نكل عن اليمين في صورة كونها ثيبا او بكرا فنظرن وقلن هي ثيب وان كان الاختلاف بعد التاجيل وهي ثيب في الاصل او بكر فنظرن وقلن هي ثيب فالقول له مع يمينه وان حلف لا تخير وان قلن بكر خيرت لان شهادتهن تأيدت باصل البكارة وكذلك خيرت ان نكل لتايدها بالنكول ومتى اختارته اي اختارت الزوج بطل خيارها اي لم يكن لها خيار بعد ذلك لانها رضيت ببطلان حقها وان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر والخصي كالعنين اي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو فان الخصي من كانت انثياه قد نزعت خصيتاه فان كان بحيث تنتشر آلته ويصل الى النساء فلا خيار لها وان كانت لا تنتشر آلته ولا يصل اليها كالعنين لان الآلة قد كانت قائمة يرجى منه الوطئ كما يرجى من العنين والمجبوب وهو مقطوع الذكر والخصيتين يفرق في الحال ان طلبت لانه لا فائدة للتاجيل ولو جبت بعدما وصل اليها لا خيار لها كما اذا صار عنينا بعد ووجب التفريق في الامة للمولى عند الامام لان ما هو المقصود من النكاح وهو حق المولى ولها اي وجب التفريق للامة عند ابي يوسف لان الوطئ حقها والاختيار ان وجدت المرأة بها اي بالزوج جنونا او جذاما او برصا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فانه قال لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه يتمكن من الدفع بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطئ وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا ولا خيار له لو وجد الزوج بها اي بالمرأة عيبا وذلك اي المذكور من الجنون والجذام والبرص او رتقا بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء اي امرأة لا يستطاع جماعها لانسداد الوضع بحيث ليس لها خرق الا المبال او قرنا بسكون الراء قال صاحب المغرب وهو ما اعظم غليظة او لحمة مرتفعة او عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج يقال امرأة قرناء

قال محمد الواني في تعليقاته على الرتق والبرص والقرن والرتق كلها على وزن واحد انتهى يقول الفقير وانت خبير بان البرص والرتق على وزن حسن فاذا كان القرن على وزنه يكون هو ايضا على وزن حسن فيكون مخالفا لما في المغرب لانه صرح بان القرن بسكون الراء وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا او طبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن صحبة هؤلاء وربما تسري الى والطبع مؤيد بالشرع قال النبي صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة لا يؤثر في فسخ عقد الابد انه لو لم يسترق بحر او ذفر او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الرتق والقرن فبالشق والفتق قال صاحب البناية وقد شاهدنا ذلك في بعض اطراف العراق حيث تزوج بواب العدس امرأة فوجدها رتقاء ففتقها النساء فوصل اليها وقوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق قال مولانا سعدي افندي رحمه الله فيه بحث انتهى يقول الفقير وجه البحث والله اعلم ان الحديث ليس مخصوصا بالمرأة المنكوحة التي بها مرض الجذام حتى يقال انه محمول على الفرار بالطلاق بل المراد منه الامر بالفرار من المجذوم مطلقا وهو ظاهر وكذا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه تزوج امرأة فوجد بكشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عليه السلام قال لها الحقي باهلك وهذه من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه يثبت له الخيار بهذه العيوب محمول على الطلاق ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما

باب العدة

لما كانت العدة اثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها بذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المرأة وفي الشريعة هي اي العدة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة او شبهته متأكدا بالدخول او الخلوة او الموت وهو اي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي وهي حرمة الازدواج قال مولانا سعدي افندي اذا كان ركنها هنا يكون التربص تعريفا باللازم عدة الحرة للطلاق او الفسخ بان وقعت الفرقة بينهما بغير الطلاق وهي ممن تحيض ثلاثة قروء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والقروء على وزن فعول جمع قرء بالفتح والضم كالاقراء اي حيض انما فسرها به ليعلم ان المراد بالقرء الحيض عندنا وعند الشافعي القرء الطهر وهو في اللغة اسم لهما حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا يمكن ان يثبتا ولهما جملة للاشتراك فان اللفظ الواحد لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين او حقيقة ومجاز على ما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لان آخرها العمل بلفظ الجمع في القرء فانه جمع قرء ووجهه ان اقل الجمع ثلاثة وذلك يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع في طهر هو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عنده فيقول بالاطهار يعني عند الشافعي يكون ح مدة عدتها قرءين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وفي هذا المحل بحث لمولانا الفاضل سعدي افندي فراجعه والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما يظهر بالحيض لا بالطهر لما ان المحل طهر عنده فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل والتعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم عدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في التنصيف

قال

وكذا من وطئت بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها او بنكاح فاسد
كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند ابي حنيفة
وفرقت او مات الواطئ عنها يعني عدتها ثلاث حيض ايضا لان عدتها للتعرف
عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة
والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت فان قيل ينبغي هنا
وجب ان يكتفى بحيضة واحدة او شهر كما في الاستبراء وليس كذلك
اجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد
الفاسد ابتداء يوخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة
فانهما يبنيان اقامة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء منه
ولذلك يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة
لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التأسف لفوت نعمة النكاح والنعمة
في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان
في جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا ولحصول اليقين في
فراغ الرحم لان الثلاث عدد معتبر في الشرع والحيض الواحدة لا يحصل ذلك
اذ من الجائز ان يحيض الحامل كما هو قول بعضهم فقدرنا بالثلاث هنا
وكذا ام ولد عتقت او مات مولاها يعني اذا اعتق المولى ام الولد او مات
عنها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما — عنها او الوفاة
قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب بزواله فكانت كالاستبراء ولهذا لا تختلف بالحياة
ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا تكتفى بحيضة
واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسبب هذه
زوال الفراش ولا مناسبة بينهما ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة
ام الولد ثلاث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما ايضا
ولا يحتسب بحيض طلقت فيه لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينتقص عنها
وان كانت لا تحيض لكبر او صغر او بلغت بالسن ولم تحض فثلاثة اشهر
اي فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة اشهر الى اخر الآية والمراد بالتي بلغت بالسن التي وصلت الى خمسة عشر — سنة
ولم تحض وفي هذه دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهر بدل عنها
حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا
وعدة الحرة للموت في النكاح الصحيح اربعة اشهر وعشرة ايام لقوله تعالى والذين
يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا نسخ قوله تعالى
وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج والمعنى يجب على الذين يتوفون
ان يوصوا قبل ان يحتضروا لازواجهم بان يمتعن بعدهم حولا بالسكنى ثم نسخت
بقوله تعالى اربعة اشهر وعشرا وهو وان كان متقدما في التلاوة فهو متاخر في النزول
كذا في البيضاوي وقال الامام البغوي في معالم التنزيل وكانت عدة الوفاة
في ابتداء الاسلام حولا وكان يحرم على الوارث اخراجها من البيت قبل تمام الحول
وكانت نفقتها وسكناها واجبة في مال زوجها تلك السنة ما لم تخرج ولم يكن لها الميراث
فان خرجت من بيت زوجها سقطت نفقتها وكان على الرجل ان يوصي بها فكان كذلك
حتى نزلت آية الميراث فنسخ الله تعالى نفقة الحول بالربع او الثمن ونسخ عدة الحول باربعة اشهر
وعشرا انتهى وروي ان امرأة توفي عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال
فقال عليه السلام كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها
في بيتها حولا ثم خرجت افلا تربصن اربعة اشهر وعشرا ٥

قوله بالربع ان لم يكن لها ولد وقوله او الثمن ان كان لها ولد لحوله كذا

وعدة الاماء

وعدة الاماء حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق
منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين ونصفا واليه اشار عمر رضي الله عنه
بقوله عدة الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وفي الموت وعدم الحيض نصف
ما للحرة ففي الموت شهران وخمسة ايام وعدم الحيض شهر ونصف شهر لان ما للحرة وعدم الحيض
قابل للتجزي فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحامل وضع الحمل مطلقا اي سواء كانت مطلقة
او متوفى عنها زوجها او ممن تحيض او لا تحيض او كانت معتدة النكاح او غيرها
وسواء كانت حرة او امة لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
فان هذه الآية نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية فصارت ناسخة وقال
ابن مسعود رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني يا ايها النبي اذا
طلقتم النساء نزلت بعد التي في سورة البقرة اي والذين يتوفون منكم والمباهلة
مفاعلة من البهلة وهي اللعنة وكانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على
الكاذب منا ومنكم وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت ما في بطنها وزوجها على سريره
لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج باخر ولو مات عنها صبي يعني اذا مات الصبي
عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ان مات
عنها صبي فعدتها بالاشهر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه
فصار كالحادث بعد الموت بان يضع بعد الموت لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند
عامة المشايخ وقال بعضهم بان تلد لاكثر من سنتين قال في النهاية والاول اصح وتعيين
قيام الحمل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا في العناية نقلا عن
الفوائد الظهيرية ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة ولان عدة الوفاة
مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف
عن فراغ الرحم لشرع عدة الوفاة مطلقا بالاشهر مع وجود الاقراء ولو كانت للتعرف عن
فراغ الرحم لما شرع بالاشهر لان المعرف هو الحيض على ما مر ومعنى قضاء حق النكاح
متحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وان حملت بعد موت الصبي بان تضع بعد الموت
لستة اشهر فصاعدا على ما هو الاصح كما نقلناه من النهاية آنفا فعدتها بالاشهر اجماعا
لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والزمناها العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص
فلا يتغير بحدوث الحمل فان قيل اذا مات الرجل ولم يكن المرأة حاملا فقد الزمناها العدة
بالشهور ثم اذا ظهر الحمل يكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل
اجيب بان النسب ثمة فكان الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا للحكم الشرعي وهو
ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث يثبت ههنا لا بد من حمل فجعلناه
كالقائم حكما وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت
فكان الحمل مضافا الى ما بعد الوفاة فكان اعتداد عدتها بالاشهر لا محالة ولا نسب
في الوجهين اي لا يثبت نسبه في وجهي مسألة الصغير وهما القائم عند الموت
والحادث بعده لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح من جهة
فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اجيب بان النكاح يقام
مقامه في موضع التصور ولا تصور في الصبي ومن طلقت امرأته في مرض الموت طلاقا
رجعيا كالزوجة يعني عدتها عدة الوفاة لبقاء النكاح من كل وجه وان كان الطلاق
في مرض الموت بائنا تعتد بابعد الاجلين عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف كالرجعي
يقول الفقير اصل المسألة في سائر الكتب ان من طلق امرأته في مرض موته ان كان رجعيا
تعتد عدة الوفاة اجماعا وان كان بائنا تعتد بابعد الاجلين عندهما يعني ان انقضت
عدة الطلاق وهي ثلاث حيض مثلا ولم تنقض عدة الموت فلا بد ان تربص لانقضاء عدة الموت

ولو انقضت عدة الموت ولم تنقض عدة الطلاق لان النكاح لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولانها مطلقة حقيقة ومتوفى عنها زوجها حكما فيجب اعتبارهما وعند ابي يوسف تعتد بثلاث حيض لان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وانما يجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه

اذا عرفت هذا فاعلم ان قول المص وعند ابي يوسف كالرجعي سهو من قلم الكاتب والصواب وعند ابي يوسف ثلاث حيض تدبر ومن عتقت في عدة رجعي تتم كالحرة يعني ان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لبقاء النكاح من كل وجه واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا يتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها ولهذا تحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم يتحول العدة وان عتقت في عدة بائن او في عدة موت تتم كالامة فيهما ولا ينتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة او الموت فان اعتدت الآيسة بالاشهر كما هي عدتها ثم عاد دمها على عادتها الجارية بطلت عدتها واستانفت بالحيض لان عودها يبطل الاياس فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ هو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم با فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة او نحوها فان الدم بعد ذلك لم يكن حيضا قال صدر الشريعة اذا كانت الزوجة في سن الاياس اي في خمس وخمسين سنة فصاعدا وقد انقطعت دمها فطلقها الزوج تعتد بثلاثة اشهر فقبل انقضائها رأت الدم فعلم انها لم تكن آيسة فتستانف بالحيض انتهى

وقال صاحب الدرر بعد نقل هذا الكلام فعلم من هنا ان التقرير ما وقع في عبارة صدر الشريعة من قوله فقبل انقضائها كان سهوا من قلم الناسخ والصواب بعد انقضائها انتهى يقول الفقير قال صاحب الكفاية وكان الصدر الشهيد يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد الاعتداد بالاشهر فعلى هذا يكون لفظ قبل في عبارة صدر الشريعة في محله ويكون مراد تاج الشريعة بقوله بعد عدة الاشهر بعد شروع في عدة الاشهر وقال مولانا اخي چلبي وقد قصد الشارح هنا على طريق اسلوب الحكيم الرد على المص بناء على المختار عنده مما افتى به الصدر الشهيد انتهى يقول الفقير لا مساغ لما ذكره مولانا اخي چلبي لانه لو كان مراد الشارح الرد على المص بهذا الطريق ينبغي ان لا يجتري على تغيير قول المص بقوله اذا كانت الخ فيجب المصير الى ما قلنا من ان مراده من قوله بعد عدة الاشهر بعد الشروع في عدة الاشهر تدبر حق التدبر في المقال والعلم في الحقيقة الى الملك المتعال جل عن الند والمثال وقال الامام فخر الدين قاضيخان في فتاواه ولو اعتدت الآيسة بالاشهر ففرغت من العدة فتزوجت بزوج آخر ثم حاضت او ولدت فعلى القول الذي للاياس حد فيه ما ترى من الدم لا يكون حيضا حتى لا يفسد نكاحها مع الثاني وعلى القول الذي ليس للاياس حد فيه ما ترى من الدم يكون حيضا ويفسد نكاحها مع الثاني نتبع

وكذا تستانف الصغيرة اذا حاضت في خلال الاشهر لان الجمع بين الحيض والاشهر ممتنع لما فيه من الجمع بين البدل والمبدل ولانه لم يرد فيه اثر ولم يقل به بشر وقد تعذر الاعتداد بالاشهر فتعين الحيض او نقول الاشهر خلف عن الحيض كما ان التيمم خلف عن الوضوء وقد قدرت على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف فيجب عليها الاستيناف كالمتيمم اذا وجد الماء في صلاته هـ

فتتغير لتغير

ثم دخل المؤلف

مطلب دفع ايراد صاحب الدرر عن صدر الشريعة

ومن اعتدت

ومن اعتدت بالحيض ثم ايست تعتد بالاشهر لما بينا من امتناع الجمع بين البدل والمبدل نوقض هذا بان من صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومي بعد ما صلى اولها بركوع وسجود وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية اما ان تعتبر في الصلاة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى لان المراد بالجمع هو اكمال احدهما بالآخر وليس كذلك بموجود في الطهارتين فانه لم يجمع بينهما في رفع حدث بل رفع الحدث الاول بالماء والثاني بالتراب واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما واذا وطئت المعتدة بشبهة وجب عليها عدة اخرى وتداخلتا اعلم انه اذا وجب على المرأة عدتان فاما ان تكونا من رجل واحد او من رجلين فان كان الاول كما اذا طلقها ثلاثا فتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تتداخلان اجماعا وان كان الثاني وكانتا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت باخر في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا وما تراه المرأة من الدم يحتسب منهما اي من العدتين جميعا وتتم العدة الثانية ان تمت العدة الاولى قبل تمامها اي قبل تمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطئ الثاني اذا كان بعد ما رأت حيضة يجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلاث حيض ايضا والحيضتان بعد تنوبان عن اربع حيض حيضتان للاولى وللثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم تكن رأت شيئا فليس عليها الا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة اي عبادة الكف عن الخروج والتزوج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن قضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم كذلك لا تداخل في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع والدليل على ان معنى العبادة تابع في العدة ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح وقال ولا يخرجن الآية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام ولحرمة الحرم وكالخمر لمن حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل وان تجتمع الامساكات في يوم واحد واستدل صاحب الهداية بتبعية العبادة في العدة بقوله الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف عن الخروج والعبادة لا تتحقق اداؤها بدون ركنها فظهر ان معنى العبادة فيها تابع واعترض على دليلنا وهو ان المقصود من العدة التعرف بفراغ الرحم بانه لو كان المقصود هذا لم يجب العدة على الصبية والآيسة لعدم الشغل فيهما سلمنا ان المقصود ذلك لكن لا نم جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها واجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطئ والآيسة محتملتان للعلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطئ لان العدة يكتفى في ايجابها توهم الشغل وان كان على خلاف العادة قال مولانا الفاضل سعدي افندي فما تقول في الصبية التي لا يحتمل الوطئ فانه يجب العدة عليها اذا خلا بها زوجها عند اكثر المشايخ

انتهى

وعند الثاني بانالا ثم اللازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود لان المقصود من الحيضة الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الشبهة ومن الثالثة اظهار شرف الحرة وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة قال صاحب العناية وفيه نظر لانه لم يدل الا بالتعرف عن فراغ الرحم فكان السؤال واردا عليه انتهى قال مولانا سعد الدين افندي اقول الصحيح في الجواب ان يقال المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجب لانه مجتهد فيه فلا يفيد ظن الفراغ مرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به بخلاف ما اذا تكرر فانه بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يحض الا مرة انه يجب باستحبابه تلك من المادة انتهى يقول الفقير كلامه انما يدل على مطلق التكرير لا يدل على كونه ثلاثا فلا بد من ضم التعبد اليه حتى يتم تدبر

وابتداء العدة في الطلاق والموت عقيبهما اي عقيب الطلاق والموت لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب وان لم تعلم المرأة بهما اي بالطلاق والوفاة يعني ان لم تعلم بها حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك فلها ان تصدقه وتعتد من ذلك الوقت ومشايخ بخارا وسمرقند رحمهم الله يتفقون في الطلاق ابتداؤها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج اختها او رابعة سواها وقال صاحب الذخيرة اختيار مشايخ بلخ انه يجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق حتى لا يتزوج باختها ورابعة سواها لكن لا يجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما او العزم اي عزم الواطئ على ترك الوطئ لكن العزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول اني تركت او ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر ابتداؤها من آخر الوطئات لان الوطئ هو سبب الموجب للعدة اذ لو لم يطأها لم يجب عليها العدة ولنا انا سلمنا ان الوطئ هو سبب الموجب بجميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فاذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لان قبل ذلك يجوز ان يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها وتحريره هنا الدليل العدة لا يثبت الا بآخر وطئة وآخر وطئة لا يوجد الا بالتفريق او العزم فالعدة لا يثبت الا بالتفريق او العزم اما انها لا يثبت الا بآخر وطئة فبلا تنافي بيننا وبين الخصم واما ان آخر وطئة لا يوجد الا بالتفريق او العزم فلما قلنا في قولنا لان قبل ذلك جاز ان يوجد غيره ومن قالت انقضت عدتي بالحيض وكذبها الزوج فالقول لها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع يدعي اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه امين وما على الامين الا اليمين ان مضى عليها ستون يوما عند الامام وعندهما ان مضى تسعة وثلاثون يوما وثلاث ساعات لاحتمال ان يقع الطلاق قبل اول حيضة فيكون مدتها ثلاثة ايام وتطهر بعدها خمسة عشر يوما وتحيض ثلاثة وتطهر خمسة عشر ثم تحيض ثلاثة فيكمل العدة وزاد الامام خواهر زاده ثلاث ساعات للاغتسال من الحيض وعند الامام يجعل كانه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما وحيضها خمسة فثلاثة اطهار كل طهر خمسة عشر يوما يكون خمسة واربعين وثلاث حيض خمسة عشر فذلك ستون يوما وقد ذكرنا التفصيل في كتاب الحيض بحيث لا مزيد عليه

وان نكح معتدته من طلاق بائن ثم طلقها قبل الدخول لزم مهر كامل وعدة مستأنفة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد نصف مهر واتمام العدة الاولى وقال زفر لا مهر عليها ولا عدة اصلا اصل المسألة ان الدخول في النكاح الاول دخول في النكاح الثاني عندهما لانها كانت في يده لبقاء اثر النكاح فاذا جدد ناب ذلك مناب هذا كالغاصب اذا اشترى المغصوب الذي في يده فيصير قابضا بمجرد العقد ومحمد اعتبر الحقيقة في حق المهر وهو في الحقيقة طلاق قبل المسيس فاعتبر الطلاق الاول في حق العدة لانه لا يظهر حكمه لكمال الزوج فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه وقال زفر الاولى سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب ولا عدة في طلاق قبل الدخول لقوله تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ولا عدة على ذمية طلقها ذمي او حربية خرجت الينا مسلمة خلافا لهما اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كانوا يعتقدون ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كانوا يعتقدون ذلك وقد بينا في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بانقضاء العدة زيادة على النص ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة للماء المحترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه يلتحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول وهو انه لا يجوز نكاح المهاجرة الحبلى اصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له

فصل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب ومن يجب عليها ومن لا يجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدة ان تفعله وما لا يجب تحد اصل الحداد المنع يقال احدت المرأة احدادا اذا منعت نفسها والحداد بمعناه كلاهما مستعملان في ترك الزينة ولبس المعصفر ونحوه معتدة البائن والموت ان كانت مكلفة لا ان كانت صبية او مجنونة مسلمة لا ان كانت كافرة بترك الزينة وترك لبس المزعفر والمعصفر وترك الطيب والدهن والكحل والحناء اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا كذا في الهداية وقال صاحب العناية وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم احلالا وليس الكلام فيه وانما الكلام في الايجاب قال صاحب النهاية يمكن ان يقال قوله عليه السلام لا يحل نفي الاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه كما في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقدير الحديث لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشارع آكد من الامر وهذا انسب وجهة في الترجيح انتهى قال صاحب الكافي ما روي في الصحيح وذكره مبسوط شيخ الاسلام هكذا لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها فانها تحد عليه باربعة اشهر وعشرا

وما في الهداية مشكل فان مقتضاه الاحداد بالمتوفى عنها زوجها لانه استثناء من التحريم
والاستثناء من التحريم احلال ولا كلام فيه انما الكلام في الايجاب والحديث لا يدل عليه انتهى
يقول الفقير مراد صاحب الهداية ايضا هنا غاية ما في الباب انه لم يرو الحديث بتمامه لكونه
مشهورا فيما بينهم لكن لو نقل اخر الحديث لكان اظهر واسلم فان قيل الاحداد
هو التاسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم
ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا مع انه مخالف للكتاب اجيب
بان المراد بما في الكتاب اسى خاص وفرح خاص وهو الاسى والفرح مع الصياح وأما
وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا حداد عليها لانه وجب
اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهده الى مماتها وهاهنا قد اوحشها
بالابانة فلا تأسف على فوته ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء
وقال الحناء طيب رواه ام سلمة رضي الله عنها ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها
وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى حماد عن ابرهيم النخعي قال
المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن
ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابرهيم ادرك بعض الصحابة
وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقال مولانا سعدي افندي وانا لم يفصل
بين معتدة الوفاة وغيرها يلزم ان يجب الحداد على المطلقة الرجعية في العدة
والجواب ان كونها معتدة متردد بين ما دامت في العدة فاذا انقضت ولم يراجعها
ظهر ان المطلق هدمه من وقت وجوده فلم تكن المطلقة الرجعية معتدة على الكمال
انتهى الا من عذر يتعلق بالجميع والعذر مثل ان يكون لها حكة فتلبس الحرير لاجلها
او لا تجد ثوبا غيره قيل هذا اذا كان جديدا اما لو كان خلقا بحيث لا تقع به الزينة
فلا بأس به والمعنى في ايجاب الحداد وجهان احدهما ما ذكر من اظهار التاسف
والثاني ان هذه الاشياء داعي الرغبة فيها لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة
تزيد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت العدة فتجتنبها كيلا تصير
ذريعة الى الوقوع في المحرم لا في معتدة العتق والنكاح الفاسد لانهما ما فاتا
نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل هو الاباحة لقوله تعالى قل من حرم زينة الله
التي اخرج لعباده والطيبات من الرزق ولا تخطب المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا
عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ولا بأس بالتعريض في الخطبة وهو ان يذكر شيئا
يدل به على شيء اخر وقد فسر ابن عباس رضي الله عنهما حيث قال التعريض ان يقول
اني اريد ان اتزوج قال الله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء
الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان
تعرضوا ولا تصرحوا وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بقوله اني فيك
لراغب واني اريد ان نجتمع وروي انه عليه السلام دخل على ام حكيم وهي في العدة
فذكر منزلته من الله تعالى وعن النخعي قال لا بأس بان يهدي اليها ويقوم بشغلها في العدة
قال صاحب الاختيار هذا كله في المبانة والمتوفى عنها زوجها واما المطلقة الرجعية
فلا يجوز التصريح ولا التعريض لان النكاح الاول قائم قال ابن الملك لتلاف
التبيين هذا اذا كانت معتدة من وفات وان كانت معتدة من طلاق فلا يجوز
التعريض اما الرجعي فلان الزوجية قائمة واما في المبتوتة فلان تعريضها يورث العداوة
بينها وبين الزوج وكذا بينه وبين الخاطب انتهى ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها
اصلا لا نهارا ولا ليلا لقوله تعالى واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة

العدة
وق
مبينة

قيل الفاحشة

تفسير الفاحشة بالخروج وبالزنا وبالنشوز

قيل الفاحشة نفس الخروج قاله ابرهيم النخعي وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله فيكون معناه الا
ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي عليه السلام الا كافر
ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن قاله
ابن مسعود رضي الله عنه وبه اخذ ابو يوسف رحمه الله وقال ابن عباس رضي الله عنهما هي نشوزها
وان تكون بذية اللسان تبذو على احماء زوجها ومعتدة الموت تخرج نهارا وبعض الليل
لانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك
المطلقة لان النفقة دائرة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل
انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها ولا تبيت
في غير منزلها لما تلونا من قوله تعالى ولا تخرجوهن الاية والامة المعتدة تخرج في حاجة
في العدتين في الوقتين جميعا لان في المنع ابطال حقه وحق العبد مقدم على حق الشرع
وان كان المولى بوأها لم تخرج ما دامت على ذلك الا ان يخرجها كذا في الاختيار
وتعتد المعتدة في منزل يضاف اليها بالسكنى وقت الفرقة او الموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن
والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني
في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله الا ان تخرج جبرا او خافت على مالها او خافت انهدام
او لم تقدر على كرائه لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار
ولا بأس بكينونتهما معا في منزل وان كان الطلاق بائنا اذا كان بينهما سترة لان الزوج
معترف بالحرمة فلا يظن به الفساد سيما اذا كان بينهما سترة ولزم الستر حتى لا تقع
الخلوة بالاجنبية الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فان كان فاسقا او البيت
ضيقا خرجت المرأة الى منزل اخر تفاديا عن المحظور والاولى خروجه وتركها
لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب اولى بل واجب
فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا
خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها بالسكنى وان جعلا بينهما امرأة
ثقة تقدر على الحيلولة فحسن قال صاحب الكافي وان جعل القاضي بينهما امرأة ثقة
تقدر على الحيلولة فحسن عملا بالواجب بقدر الامكان فلو ابانها او مات عنها في سفر
وبينها وبين مصرها اقل من مدة [illegible] السفر رجعت الى مصرها معها محرم
وسواء كان بينها وبين مصرها ثلاثة ايام او دونها اما اذا كان ثلاثة ايام فظ لان المضي الى المقصد
يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة
واذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من انشاء
السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كانت مسافة ايام السفر من كلا الجانب
يعني ان كانت بينها وبين مصرها مسافة وكذا بينها وبين مقصدها مسافة تخيرت
ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت الى مقصدها معها ولي او لا لان
المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لانه ليس موضع السكنى فيما اذا ابانها او مات
عنها في الطريق بقرينة قوله فيما بعد وان كان ذلك في المصر والعود احمد
ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان بينها وبين مصرها مسافة وكان بينها وبين
مقصدها اقل من مسافة مضت الى [illegible] مقصدها لانها اذا مضت لا تكون
منشئة سفرا فلهذا [illegible] في العدة من السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا
فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف هذا الشق لما ذكرنا انه يفهم من كون الجانب
متساويين هو الجانب انه اذا كان احدهما اقل تعين وان كان ذلك اي ما ذكر
من الابانة او الموت في مصر من الامصار الواقعة في الطريق لا تخرج منه اي من ذلك المصر
ما لم تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وقالا ان كان معها محرم جاز الخروج قبل
الاعتداد لان نفس الخروج مباح بلا تناف دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة

المتوفى
من بيوتهن
المنزل
او لا
الكافي قوله كما رجعت
كانها عليه دارا

انما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم فاذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا على ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كما اذا انهدم المنزل وعجزه على ما بينا واذى الغربة ووحشة الوحدة عذر يجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو امتناع الحرمة الحاصلة للسفر بوجود المحرم وله اي لابي حنيفة ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فان العدة تمنع الخروج قبل وعدم المحرم لا يمنع الا ان يكون سفرا فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

لما فرغ من ذكر انواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد ذوات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب. اقل مدة الحمل ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فيبقى للحمل ستة اشهر وهذا تأويل خرجه ابن عباس رضي الله عنهما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فاذا مضت للفصال سنتان لم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد عنها واثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذي ذكره صاحب الهداية في تأويل الاية مخالف لما ذكره في الرضاع من كتاب الهداية ايضا لانه جعل هناك الثلاثين مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم الظهر المنقص في حق الحمل وهو قوله عليه السلام لا يبقى الولد في البطن اكثر من سنتين فبقي في الثاني على ظاهره وهو ثلاثون شهرا للفصال وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم اصاب منها للفصال عامان بقوله وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان استدلاله هناك انما كان بالنظر الى الاية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى ولا جاز ان يكون لاية نظرا الى ذاتها مفيدة وبالنظر اليها والى الاخرى مفيدة لحكم اخر يعرفه الفقيه وبعد فيه كلام ذكره مولانا سعد الدين اغني مراجعه واكثرها سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حالة الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال وفي رواية اخرى ولو بفلكة مغزل اي ولو بقدر فلكة مغزل والظاهر ان عائشة رضي الله عنها قالته سماعا لان العقل لا يهتدي الى معرفة المقادير وقال الشافعي رحمه الله يقدر الاكثر باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما والضحاك بن مزاحم كذا فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وكذا عبد العزيز بن الماجشون ولدته امه لاربع سنين وهي عادة معروفة في نساء ماجشون وروي عن العلاء بن عبد الرحمن المخزومي هكذا وعند ليث بن سعد ثلاث سنين وعند الزهري سبع سنين كذا في البناية ولنا حديث عائشة رضي الله عنها والحكايات لا يعتمد عليها ومن قال ان نكحت فلانة فهي طالق فنكحها فولدت لستة اشهر منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون الوطء لا يثبت النسب الا ترى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت لذلك

حكاية

اجيب

اجيب بان التصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش بحكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اجيب بان النسب مما يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا فالنسب مما يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على النادر ههنا اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان العلوق كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة فلم يتعين هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج اخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فانها لما جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج اخر او غير ذلك الزوج ليس لعلوق كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات ومثل ذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به واذا اقرت المطلقة بانقضاء العدة ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان ولدت لستة اشهر من وقت الاقرار لا يثبت نسبه لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث قال صاحب العناية في هذه المسألة ولفظ المعتدة في عبارة الهداية حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى يتناول كل معتدة يعني سواء كان من طلاق رجعي او بائن او بالاشهر او بالحيض قيل ذكر العتابي وقاضيخان ان الايسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب فلم يتناول كل معتدة الا ان يأول كل معتدة بالا تكون ايسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ان الايسة اذا اقرت بانقضاء العدة مفسرا بثلاثة اشهر او مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا انتهى وان لم تقر بانقضاء عدتها يثبت النسب منه ان ولدت لاقل من سنتين من وقت الفرقة لاحتمال ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لسنتين او اكثر من سنتين لم يثبت النسب منه لان الحمل حادث بعد الطلاق والازداد اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطئها حرام الا في الطلاق الرجعي لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز ان تكون ممتدة الطهر ويكون الولد رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة بوضع الحمل ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك بخلاف البائن على ما بينا لان الحمل حادث بعد الطلاق الا ان يدعيه فيثبت النسب فيه اي في البائن اذا ولدت لسنتين او اكثر ايضا كما يثبت في الرجعي ويحمل على الوطء بشبهة لانه التزم النسب بدعوة وله فيه وجه شرعي بان وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط في اثباته فيثبت قال صاحب العناية ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان انتهى وان كانت المبانة مراهقة اي صغيرة يجامع مثلها وهي في سن يمكن ان تكون بالغة بان يصير في تسع سنين فصاعدا فان اتت به اي بالولد لاقل من تسعة اشهر ثبت نسبه والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يثبت النسب فيما دون سنتين لانها معتدة فيحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة

وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة
فيحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حبلت
بعد انقضاء العدة بثلاثة اشهر واذا كانت كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء
العدة فيثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قيل فان لم يقر بانقضاء العدة لانها
اذا اقرت بانقضاء العدة بالاشهر ثم جاءت بولد لتسعة اشهر من وقت الطلاق
لم يلزمه بلا نفاق ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر لانا عرفناها صغيرة
بيقين وما عرفت كذلك لا نحكم بالبلوغ بالاحتمال فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء
اقرت به او لم تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق الاقرار لانه لا يحتمل الخلاف
والاقرار يحتمله فلو اقرت بالانقضاء ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا
اذا حكم الشرع بالمضي والحاصل ان عدتها تنقضي بثلاثة اشهر باليقين فان جاءت
بالولد لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق تيقنا بالعلوق في العدة والا فلا
وان كانت المراهقة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عند ابي حنيفة ومحمد
يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر ثبت النسب وان لتسعة اشهر لم يثبت
وعند ابي يوسف يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في اخر العدة
وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت
الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعترفت بالبلوغ
فيحكم باقرارها ببلوغها ومن مات عنها يثبت نسب ولدها من المتوفى عنها ان اتت به
لاقل من سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر
لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا
اقرت بالانقضاء كما بين في الصغيرة من انها لو اقرت بمضي العدة عند مضي ثلاثة اشهر
ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب لوجود دليل الانقضاء وهو الاقرار
فكذا هنا بل اولى لان اقرارها يحتمل الكذب وحكم الشرع بالانقضاء لا يحتمله
الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة
لان الاصل فيها عدم الحبل لانها ليست بمحل للحمل قبل البلوغ وفيه شك
وان كانت المتوفى عنها زوجها مراهقة فلاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام ثبت
لان عدة الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام وادنى مدة الحمل ستة اشهر فيكون جملتها
عشرة اشهر وعشرة ايام فاذا اتت به لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام تيقنا
بالعلوق في العدة والا اي وان لم تات به لاقل من سنتين بل السنتين انما هي في مسألة
الكبيرة وان اتت به لا لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام بل اتت به لعشرة اشهر
وعشرة ايام من المراهقة فلا يثبت النسب ولا يثبت ولادة المعتدة الا بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين وعندهما يكفي شهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو
تعين المرأة للزوج بحيث يثبت نسب كل ولد قائم بقيام العدة وقيام الفراش ملزم للنسب
فلا حاجة الى اثباته وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال
قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة القول بالموجب يعني ان
الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة هنا ليست بقائمة لانها تنقضي
باقرارها بوضع الحمل المنقضي لا يصلح حجة فتبقى الحاجة الى اثبات النسب ابتداء
بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف
من الزوج صادرا لان النسب ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى الاثبات وانما الحاجة
الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فاوجه اشتراط شهادة
الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون
ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد يكفي لجواز اداء الشهادة

وان كان

وان كان حبل ظاهرا واعترف الزوج به اي بالحبل يثبت بمجرد قولها عند الامام بلا احتياج
الى الشهادة لان النسب ثابت قبل الولادة فلا احتياج الى الشهادة وعندهما لا بد من شهادة
كما اذا لم يكن حبل ظاهرا واعتراف الزوج به فانهما يقولان النسب ثابت قبل الولادة لكن الحاجة
الى التعيين لان الخصم يقول لعل هذه تخرج ميتا او مات بعد الخروج فلم يكن بد من تعيينه
والتعيين يثبت بشهادة القابلة وان ادعتها بعد موته لاقل من سنتين فصدقها الورثة
اي اقر به جميع الورثة او جماعة منهم بقطع الحكم بشهادتهم كرجلين او رجل وامرأتين منهم كذا في العناية
صح في حق الارث والنسب اما في حق الارث فلانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم
واما في حق النسب بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت اولا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة حتى يطالب غريم الميت بدينه ولهذا قيل يشترط
لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما
يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط كما ثبت بيع الرحل والخبز في السلطان نعني الامانة
هو المختار يقول الفقير يشير هنا الى ان في المسألة قولا اخر لكنه هو المختار وليس كذلك
لان المسألة متفق عليها انما الاختلاف في اشتراط لفظ الشهادة في اقرار الورثة لاثبات
النسب في حق غيرهم وعدم اشتراطها والمختار عدم اشتراطها كما قال صاحب الكافي
والصحيح انه لا يشترط لفظ الشهادة قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه امرأة ولدت
بعد موت زوجها ما بينها وبينه سنتان ان صدقها الورثة في الولادة يثبت نسب
الولد من الميت في حق من صدقها وهل يثبت في حق غيرهم ان كان تم نصاب الشهادة
بهم يثبت وهل يشترط لفظة الشهادة لاثبات النسب في حق غيرهم اختلفوا فيه
قال بعضهم يشترط نصاب الشهادة وكذا في سائر الكتب التي عندنا بل وقع في
بعضها صح في حق الارث والنسب فافهم وتتبع ومن نكحها فاتت بولد لستة اشهر
فصاعدا ثبت نسبه منه ان اقر بالولادة او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة وان جحد
الولادة فبشهادة اي فيثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة فان نفاه الزوج
لاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم فان قيل اللعان هنا انما يجب بنفي الولد
الذي يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز
لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء اجيب بان اللعان يجب
بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم
وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف
اللعان الى القذف مجردا عنه وان اتت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها لا
يثبت النسب لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه فان ادعت نكاحها
منذ ستة اشهر وادعى الزوج الاقل من ستة اشهر فالقول لها مع اليمين لان الظاهر
شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولزوم الاستحلاف على الاختلاف
فعندهما القول لها مع اليمين وعند الامام بلا يمين وهو الاختلاف المعروف في الاشياء
الستة وان علق طلاقها بالولادة اي قال اذا ولدت فانت طالق فشهدت
اي بالولادة امرأة لا تطلق عند الامام خلافا لهما لان شهادتها حجة في ذلك
قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ووجه الاستدلال ان النساء جمع محلى باللام فاضمحل معنى الجمعية فصح الاستدلال بها
ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق
حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك
فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة
ان دعواها ليست الطلاق لحق يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها
حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة تامة

سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية
في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا يظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها
بل تظهر في حق الضمنيات المخصوصة قال صاحب العناية وللقائل ان يقول
كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لانه من لوازمه والولادة
تثبت بشهادتها والشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه انتهى قال مولانا سعدي
افندي في جوابه اقول للشرع ولاية اثبات امر في حق بعض الاشياء ثبت بها في حق بعضها
ولم نظائر لا تحصى فان اعترف بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت
وكذبها الزوج تطلق بمجرد قولها عند الامام وعندهما لا بد من شهادة امرأة قابلة
لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه وللامام ان الاقرار بالحبل
اقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها موتمنة
والقول قول الامين في دعوى رد الوديعة وهنا بحث وهو ان وجود الشرط
انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا
على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة
الاولى كذا في العناية وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق
ومن نكح امة فطلقها فاشتراها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها
لزمه والا لا لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني
ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان
الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا واما اذا كان اثنين يثبت النسب
من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة بتطليقتين فلا يحل له بملك اليمين واذا
لم تحل لا يتضي العلوق على اقرب الاوقات بل على ابعدها حملا لامور المسلمين على
الصلاح وابعد الازمان هو ما قبل الطلاق فيلزم الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين
من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف
الولد الى اقرب الاوقات فيكون ولد الامة فلا يثبت نسبه من غير دعوة
ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي ام ولده
لان سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وانما الحاجة
الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع قال صاحب العناية هذا
اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا
لا يلزم لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول
فانا تيقنا ثم بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى
ومن قال لغلام هو ابني ومات فقالت امه انا امرأته وهو ابنه يرثانه اي الميت
قال صاحب الهداية وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون
لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد
وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان
ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو
المتعين لذلك عادة وهو ضعيف ايضا بوضع الشرع انتهى واعترض عليه بانه ينبغي
ان لا يكون لها الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا النكاح يثبت اقتضاء
فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب
بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بسبب له فلما ثبت
النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا ينفك عنه شرعا كذا في العناية فان جهلت حريتها
وقالت الورثة انت ام ولده اي ام ولد المتوفى فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار
حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث والحاجة هنا الى استحقاق الارث فلا يتضح به

باب الحضانة

باب الحضانة

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج الى بيان وهي من حضن الطائر
بيضه يحضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها
كذا في الدرر وقال في الاختيار هي من الحضن وهو ما دون الابط الى الكشح
وحضنا الشيء جانباه وحضن الطير بيضه يحضنه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحه
ولما كان الصغير عاجزا عن النظر في مصالح نفسه جعل الله تعالى ذلك الى من يلي عليه
ففوض الولاية في المال والعقد الى الرجال لانهم بذلك اقوم وعليه اقدر وفوض
التربية الى النساء لانهن اشفق واعنى واقدر على التربية من الرجال واقوى انتهى
الام احق بحضانة ولدها قبل الفرقة وبعدها ما لم تتزوج بغير المحرم لما روي
ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي
له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال النبي صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي
ولان الام اشفق عليه لزيادة اتصاله بها حيث ينفصل منها بالنفس واقدر على
الحضانة بلزومها البيت فكان التفويض اليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها واليه
اشار الصديق رضي الله عنه لما روي ان عمر رضي الله عنه خاصم ام عاصم بين
يدي ابي بكر رضي الله عنه لينزع العاصم منها فقال له ابو بكر الصديق رضي الله عنه
ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة رضي الله عنهم حاضرون
ولم ينكر عليه احد واذا كانت الام مرتدة فلا حق لها لانها تحبس فلا
تتفرغ للحضانة ثم امها اي ام الام احق بها بعد الام وان علت لان هذه الولاية
تستفاد من قبل الامهات فما دامت واحدة من جانب الام فهي احق بها ثم ام الاب
كذلك لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة
لاجل الاولاد ثم اخت الولد لابوين لانها اشفق بقوة القرابة ثم اخته لام
لانها قريبة في هذا الامر ثم اخته لاب لان بنات الابوين اولى من بنات الاجداد
بقرب الدرجة ثم خالته لان قرابة الام ارجح في هذا الامر كذلك ان الخالة لاب
وام اولى ثم الخالة لام ثم لاب قال صاحب الدرر والخالة اولى من بنات الاخ
لانها تدلي بالام وتلك بالاخ وفي صاحب الاختيار الخالة مقدمة على الاخت
لاب لان الخالة بمنزلة الام قال عليه السلام الخالة والدة ثم عمته كذلك
في الترتيب ولا حق لبنات العم والخالة في حق الحضانة لانها غير محرم
وبنات الاخت اولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلي الى من له حق الحضانة
وهن اي بنات الاخت وبنات الاخ اولى من العمات والاصل في ذلك ان هذه
الولاية تستفاد من قبل الامهات فكانت جهة الام مقدمة على جهة الاب كذا في
الاختيار يقول الفقير فعلى هذا يلزم ان يكون بنات الاخت لاب وبنات الاخ لاب
اولى من العمات لانهن جميعا من جهة الاب تدبر ومن نكحت غير محرمه اي
غير محرم الولد ممن لها حق الحضانة سقط حقها لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وفي تركها عند الزوج
لان زوجها يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا اي بنظر المبغض فلا نظر له في ذلك
لا يسقط حق من نكحت محرمه اي محرم الولد كام نكحت عمه وجدة نكحت جده
لانه قائم مقام ابيه فينظر اليه وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد لقيام الشفقة
نظرا الى القرابة القريبة ويعود الحق بزوال النكاح سقط حق الحضانة به
لان المانع قد زال والقول قولها في نفي الزوج يعني ادعى الزوج ان الام تزوجت
بزوج اخر وانكرت وكذا لو قالت من له حق الحضانة ما تزوجت وقال من يعدها
في الحضانة تزوجت فالقول قول التي قالت ما تزوجت لانها تنكر بطلان حقها في الحضانة

وان اقرت انها تزوجت بزوج آخر ولكن ادعت انه طلقها وعاد حقها فان لم تعين الزوج فالقول لها
وان عينت الزوج فلا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به ذلك الزوج كذا في الكافي
ويكون الغلام عندهن اي عند النساء اللاتي لهن حق الحضانة حتى يستغني
بان يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وحده لانه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق
بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف اي تسوية اموره
وقدر الاستغناء بتسع سنين او سبع سنين قال صاحب الاختيار
قدره ابو بكر الرازي بتسع سنين والخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب يعني ان الصبي
اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة غالبا فيأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده
قال صاحب الكافي والفتوى على السبع ثم انهم تكلموا في المراد من الاستنجاء فمن مشايخنا
من قال المراد منه تمام الطهارات بحيث لا يحتاج الى من يعينه ومنهم من قال المراد منه ان يطهر
نفسه من النجاسات وان كان لا يقدر على تمام الطهارة وهو المفهوم من ظاهر ما ذكره الخصاف
كذا في البناية ثم يجبر الاب او الولي او الوصي على اخذه لانه اقدر على تأديبه وتعليمه وتكون
الجارية عند الام والجدة حتى تحيض عند ابي حنيفة وابي يوسف لان بعد الاستغناء تحتاج
الى معرفة آداب النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمرأة على ذلك اقدر
وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والرجل فيه اقوى واهدى للجارية الى
والحيرة ويكون عندهما عند محمد حتى تشتهي لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة
ان تبلغ عشر سنين في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث حد الشهوة ان تبلغ
تسع سنين وقيل اذا بلغت ست سنين او سبع او ثمان ان كانت عبلة اي تامة الخلق
ضخمة كما تكون عند غيرهما اي غير الام والجدة حتى تشتهي يعني اذا كانت الجارية
عند الاخوات او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حد الشهوة على رواية
القدوري قال صاحب الهداية وعلى رواية الجامع الصغير حتى تستغني فتأكل وحدها
وتشرب وحدها وتستنجي وحدها كما في الغلام لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء
لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدة ولاية الاستخدام ولهذا لا تؤجر
للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعلم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا
وبه اي بكونها عند الام والجدة حتى تشتهي يفتى لفساد الزمان فانها اذا كانت مشتهاة
كانت عرضة لتعرض الرجال وللرجال من الغيرة ما ليس للنساء فهن يرهبن بذلك
[illegible] حق انفسهن فلا يستبعدن [illegible] قال صاحب الدرر وهو احوط
وقال صدر الشريعة وهو المعتبر لفساد الزمان ومن لها الحضانة لا تجبر عليها
لاحتمال عجزها عن الحضانة الا اذا تعينت بان لا يأخذ الولد ثدي غيرها او لا يكون لذي رحم
محرم منه سواها فتجبر على الحضانة اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه كذا في الدرر
فان لم تكن له اي لم توجد امرأة لها حق الحضانة فالحق للعصبات على ترتيبهم وقد عرف
الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية الانكاح لكن لا تدفع صبية الى عصبة غير محرم
كابن العم ومولى العتاقة قال صاحب الدرر لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن
العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد
وذكر الامام التمرتاشي فان لم يكن لها احد من العصبة يدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة ثم الى
ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكر من قبل النساء قال صاحب الاختيار
ولو كان الاخ مخوفا عليها فالتدبير للقاضي يدفعها الى ثقة محصنة وان لم يكن لها
الا ابن العم فان شاء القاضي ضمها اليه ان كان اصلح والا وضعها عند امينة انتهى
ولا تدفع الى فاسق ماجن وهو الشخص الذي لا يكون له المبالاة في فعل انها مخالفة للشرع او موافقة
وان اجتمعوا في درجة كالاخوة لاب وام فاورعهم اولى لان يضمه اليه يتخلق باخلاقه
ثم اسنهم يعني ان تساووا في الورع فاكبرهم سنا اولى لان حقه اسبق ثبوتا فعند التعارض يرجح به

ولاحق

ولا حق لامة وام ولد في الحضانة قبل العتق لان الحضانة من الولاية وليستا من اهلها فاذا عتقتا
كانتا كالحرة والذمية احق بولدها المسلم بان كان زوجها مسلما لان الحضانة تبتنى على الشفقة
وهي اشفق عليه فيكون الدفع اليها انظر له ما لم يخف عليه الف الكفر لان الدفع اليها بعد ذلك
يضر الصغير بانتقاش احوال الكفر في ذهنه وليس للاب ان يسافر بولده حتى يبلغ حد الاستغناء
لما فيه من ابطال حق اهل الحضانة ولا للام ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا الى وطنها وقد
تزوجها فيه لان التزوج فيه دليل المقام فيه ظاهرا فيكون قد التزم المقام في بلدها وانما
اتباعه بحكم الزوجية فاذا زالت الزوجية جاز لها ان تنقله اليه لانه رضي بذلك
ان لم يكن وطنها دار الحرب لانه ضرر بالصبي اذ يتعود اخلاق الكفار وربما يألفهم واذا
ارادت ان تخرج الى بلدها ولم يقع العقد فيه ليس لها ذلك لان الزوج لم يلتزم المقام
فيه فلا يجعلها التفريق بينه وبين ولده من غير التزام وان كان العقد في غير وطنها فارادت
ان تنقله اليه ليس لها ذلك لانه دار غربة والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن
ووجود النكاح فيه وليس في ذلك اي السفر لغير الام من الاخت وغيرها الا باذن
الاب وهذا كله اذا كان بين المصرين او القريتين تفاوت فاحش
وان كان بين المصرين او القريتين مسافة بحيث يمكن للاب ان يطلع على
ولده ويرجع قبل الليل ويبيت في منزله فلا بأس به ان تنقل الام الولد من
احد المصرين الى الاخر وكذا في القريتين فانه لا يلحقه بذلك ضرر وصح كما النقل من محلة
اخرى في المصر المتباعد الاطراف وكذا النقل من القرية الى المصر لا بأس فيه لان فيه
نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب بخلاف العكس
اي النقل من المصر الى القرية حيث لا يجوز لان فيها اضرارا بالصغير لتخلقه باخلاق اهل
السواد فليس لها ذلك الا اذا وقع العقد فيها ولا خيار للولد في الحضانة مطلقا
سواء كان مميزا او لا وسواء كان غلاما او جارية وقال الشافعي يخير لانه عليه السلام خيره
قلنا انا لو خيرناه لاختار لنقص عقله من عنده الدعة واللعب وقد صح ان الصحابة
رضي الله عنهم لم يخيروا والحديث محمول على ما اذا كان بالغا

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن له الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن يجب عليه
النفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه
ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك
وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية اصل النسب فقدم عليه والنسب اقوى من
الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزءا منه وكذا على الوالدين
تجب النفقة والكسوة والسكنى للزوجة على زوجها اما النفقة والكسوة فلقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف واما السكنى فلقوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم ولو كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء لان المانع ليس من قبلها
والتسليم تحقق منها مسلمة كانت او كافرة لان الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها
المسلمة والكافرة كبيرة او صغيرة توطأ بخلاف ما اذا كانت صغيرة لا توطأ فانه
لا يجب لها النفقة سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق
الجماع على ما يجيء ان شاء الله تعالى لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة
هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع ودواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع
لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوها فان المقصود المستحق بالنكاح
فائت وتجب النفقة واجيب بان الدواعي غير فائتة بان يجامعهن تفخيذا او غيره بخلاف الصغيرة
حتى لو كانت الصغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج يجب النفقة لها وقال الشافعي لها
لانها عوض الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغيرة والكبيرة فيها

ولنا ان المهر عوض عنه لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر لا
النفقة واذا كان المهر عوضا لا يكون النفقة عوضا كيلا يجتمع العوضان عن معوض واحد
بل النفقة عوض عن الاحتباس فلها المهر دون النفقة يقول الفقير لعل الحق في هذه المسئلة
بيد الشافعي لان الزوج تزوجها مع علمه بانها صغيرة لا توطا وحاجتها الى النفقة متحققة
فاقدامه على تزوجها مع العلم دليل الالتزام للنفقة تدبر **و** اذا سلمت اليه لتوا يجب النفقة
اليه نفسها في منزل الزوج قبله لانها لو لم تزف الى بيت زوجها لا تستحق النفقة
وهو رواية عن ابي يوسف ومختار بعض المتاخرين لكن في ظاهر الرواية تجب لها النفقة
اذا لم يطالبها الزوج بالانتقال لانها سلمت اليه نفسها معنى لكن التقصير جاء من جهة الزوج
حيث ترك النقل فهذا لا يوجب بطلان حقها فان طالبها بالنقل وامتنعت لغير حق
فلا نفقة لها **و** ذكر في الكافي ان الفتوى على ظاهر الرواية كذا في الفتح
او لم تسلم نفسها لحق لها لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت
او لم تسلم نفسها لعدم طلبه لانه حقه فاذا لم يطلبه كان تاركا حقه فيجب عليه النفقة لها
لان النفقة حقها فلا يسقط حقها بترك حقه **و** تفرض النفقة كل شهر وتسلم اليها
في كل شهر لانه يتعذر القضاء بها كل ساعة ويتعسر لجميع المدة فقدرناه بالشهر لانه الوسط
وهو اقرب الآجال **قال** فخر الدين قاضيخان اذا كان الرجل محترفا يفرض عليه النفقة يوما فيوما
لانه يعجز عن تعجيل نفقة الشهر دفعة واحدة وان كان من التجار تفرض عليه كل شهر انتهى
والكسوة كل ستة اشهر لانها تحتاج اليها في كل ستة اشهر باختلاف الحر والبرد
وللزوج ان يلي الانفاق بنفسه الا ان يظهر عند القاضي انه لا ينفق عليها فيفرض لها كل شهر ما يناسبها
وتقدر بكفايتها بلا اسراف ولا تقتير لانه صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة ابي سفيان
خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف وليس فيها تقدير لازم لاختلاف ذلك
باختلاف الاوقات والطباع والرخص والغلاء فاعتبر الوسط وهو خبز البر والادام
بقدر كفايتها **و** ان كان الرجل صاحب مائدة لا يفرض عليه النفقة ويفرض الكسوة
ويعتبر في ذلك اي في فرض النفقة حالهما اي حال الزوجين **قال** صاحب الهداية
واعتبار حالهما في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى **و** حالهما بحسب القسمة العقلية
اربعة اقسام اما ان يكونا موسرين او معسرين او الزوج موسرا والزوجة معسرة
او بالعكس من ذلك ففي الموسرين يعتبر حال اليسار فيجب نفقة اليسار وفي المعسرين
يعتبر حال الاعسار فيجب نفقة الاعسار **قال** مولانا محمد الواني مقابل الاعسار
انما هو اليسار لكن لم يرد في كلامهم الا اليسار وفي المختلفين اي في يسار الزوج
واعسار الزوجة وفي اعسار الزوج ويسار الزوجة يعتبر بين ذلك
اي يعتبر نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات فاذا كان الزوج ياكل الحلو
او اللحم المشوي والباجات والمرأة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤاخذ الزوج
بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تاكل في بيتها ولكن يطعمها ما بين ذلك
اي يطعمها خبز البر وباجة وباجتين **و** ان كانت الزوجة تاكل في بيتها الحلو واللحم
المشوي والباجات والزوج ياكل في بيته خبز الشعير يطعمها ايضا ما بين ذلك على ما بينا
وقيل يعتبر حاله فقط اي الزوج يعتبر حاله وهو قول الكرخي والشافعي لقوله تعالى لينفق
ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتيه الله دل هذه الآية على ان المعتبر
حال الرجل في الحالين جميعا فلا يعتبر حالها **و** وجه الاول ما روينا انفا من حديث
امرأة ابي سفيان رواه البخاري باسناده الى عائشة رضي الله عنها **و** تفصيله ان
هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني
وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها

وذكر العيني ان هذا الحديث تعلق به بعض الوعاظ للنساء والزم لهن ان ياخذن الدراهم من كيس ازواجهن غافلا عن قوله بالمعروف وهذا في الحقيقة امر بالمنكر ونهي عن المعروف وبالله التوفيق وبيده ازمة التحقيق

لمحرره الباعي الترتني

قال صاحب العناية هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث
يدل على اعتبار حالها **و** يمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار
حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها
فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك **فان** قيل هنا على تقدير التعارض
والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث مفسر لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فيكون المعارضة بين الآيتين فنجمع بينهما انتهى
قال مولانا سعدي افندي اقول لا يبعد ان يدعي شهرته انتهى **يقول** الفقير
يبعد ان يدعي شهرته لان مجرد الادعاء غير مفيد ما لم يعهد في تعريف الحديث المشهور عليه تدبر
والقول له اي للزوج في اعساره في حق النفقة لانه منكر والبينة لها لانها مدعية
وقوله في حق النفقة احتراز عن ثمن المبيع والقرض فانه اذا ادعى المديون انه معسر
لا يقبل قوله وكذلك في المهر والكفالة كذا في الخانية **و** يفرض عليه نفقة خادم واحد لها
لو كان موسرا لان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه **قال**
صاحب الكافي وهذا اذا كانت حرة فان كانت امة لا تستحق نفقة الخادم لانها
خادمة في نفسها وعند ابي يوسف يفرض عليه نفقة خادمين لانها تحتاج الى
احدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج **و** لنا ان الواحد يقوم بالامرين
فلا ضرورة الى اثنين ولان الزوج كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام
الواحد مقام نفسه **قال** صاحب العناية واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة
على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كان حرا او لم يكن مملوكا لها لا يستحق
وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم
فاذا لم يكن لها خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال **و** منهم من قال كل من يخدمها
حرا كان او مملوكا لها او لغيرها تستحق **و** قال بعضهم ان كانت من بنات الاشراف
فلها نفقة خادمين احدهما للخدمة والآخر للرسالة وامور خارج البيت ولو كان
الزوج معسرا لا يلزمه نفقة الخادم في الاصح لانها قد تكتفي بخدمة نفسها في
استعمال الخادم لزيادة التنعم فيعتبر في حال اليسار دون الاعسار لان المعسر
يلزمه ادنى الكفايات **و** قال محمد الزوج اذا كان معسرا فان كان لها خادم يجب عليه
نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه نفقة الخادم
كما لو كان موسرا ولو فرضت النفقة لعساره ثم ايسر فخاصمته تم
لها نفقة اليسار لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار فاذا تبدل حاله
لها المطالبة بتمام حقها **و** بالعكس اي لو فرضت ليساره ثم اعسر تلزمه نفقة الاعسار
لما بينا من ان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار فاذا تبدل حاله
يلزمه نفقة الحال **و** لا نفقة لناشزة خرجت من بيته اي بيت الزوج بغير حق
لان فوت الاحتباس منها والنفقة جزاء الاحتباس **قيل** لشريح القاضي
هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم هي فقال جراب من تراب
معناه لا نفقة لها بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيته لانه لا يفوت الاحتباس
وهو يقدر على وطئها كرها **و** لا محبوسة بدين اي لا نفقة لها لان فوت الاحتباس
بالمماطلة **و** مريضة لم تزف اي لم تنتقل الى منزل زوجها لعدم الاحتباس
لاجل الاستمتاع بها **و** مغصوبة يعني اخذها رجل كرها وذهب بها فان النفقة
جزاء الاحتباس في بيته **و** حاجة **و** صغيرة لا توطا **قيل** الاولى الا تشتهى
لان الصغيرة اذا كانت مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج فلها النفقة
على ما سبق في اول الباب **و** حاجة لا معه اي لا مع الزوج لوقوع منعها لان فوت
الاحتباس منها **و** عند ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر

ولو حجت مع ابيع الزوج فلها نفقة الحضر لا السفر لان نفقة الحضر هي المستحقة عليه لان المأمور هو النفقة بالمعروف وهو عبارة عما لا اسراف فيه ولا تقتير وفي نفقة السفر اسراف لغلاء السعر فلا يكون معروفا ولا الكراء لهذه العلة ولو مرضت في منزله فلها والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض لا يجب النفقة لو مرضت في بيتها وزفت مريضة لان التسليم لا يصح واستحسنه صاحب الهداية حيث قال وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت يجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا يجب لان التسليم لم يصح ثم قال قالوا هذا

ولا نفرق بالعجز عن النفقة وتؤمر بالاستدانة لتحيل عليه الاحسن ان يكون اللازم للعافية تدبر ارسالها اشترى الطعام نسيئة على ان يقضي الثمن وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فان ابى ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى من الجماع لان الانقطاع لاول من مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه بالتفريق يبطل اصلا لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتأخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني والاول اقوى فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى والقياس على الجب والعنة قياس مع الفارق لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها بالعجز عن التابع قال صاحب العناية واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت امرها الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصل مجتهد فيها في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت قال صاحب العمدة اعلم ان مجوز الفسخ عند الشافعي امران احدهما اعسار الزوج وطريقه ان يثبت اعساره عند الحكم فيمهله ثلاثة ايام ويمكنها ان يكن الحاكم المرأة من الفسخ صبيحة الرابع كذا في غاية القصوى وثانيهما عدم ايفاء الزوج الغائب حقها من النفقة ولو مع قال في شرح غاية القصوى ولو غاب الزوج حال كونه قادرا على اداء النفقة ولكن لا يوفي حقها فاظهر الوجهين انه لا فسخ فيها ولكن يبعث الحاكم الى حاكم بلده ليطالبه ان كان موضعه معلوما والثاني ثبوت الفسخ واليه مال جمع من اصحاب الشافعي وافتى ابن عبد الله للمصلحة وقال في شرح الحاوي وهو اختيار القاضي الطبري وابن الصباغ والروياني وابن اخيه صاحب العمدة ان المصلحة والفتوى به اقول قد علم مما نقل من الكتب الشافعية الموثوق بها ان الحكم بالعجز عند الشافعي انما هو بالنظر الى الحاضر واما الحكم بالنظر الى الغائب فبعدم الانفاق وكل من العجز وعدم الانفاق يكون معلوما بالضرورة فلا وجه لما ذكره في الرد على الشافعي في شرح الهداية وغيره ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا عنها غيبة منقطعة فلا يعرف العجز لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عن الانفاق فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فاجاز قضاءه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت نعم يرد هذا على من لم يعرف مذهبه من الشافعية ويحكم على الغائب بالعجز عن الانفاق لا على الشافعي ولا على من يعمل عن هذا الشافعي فليتأمل انتهى

يقول الفقير

يقول الفقير وكان خلاصته ان المرأة اذا رفعت امرها الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما بالعجز عن النفقة في الحاضر وبترك الانفاق في الغائب ولو كان موسرا وقضى به ثم اذا رفعت قضاءه الى قاض آخر من الحنفية فامضاه ينفذ قضاؤه وامضاؤه لانه قضى في فصل مجتهد فيه وهو التفريق بالعجز عن النفقة في الحاضر وبعدم الانفاق في الغائب تدبر ولا يجب عليه نفقة مدة مضت الا ان يكون قضى بها او تراضيا على مقدارها لما عرفنا من ان النفقة لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا يوجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والتراضي على مقدارها بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه وولايتها على نفسها اقوى من ولاية القاضي ولو مات احدهما او طلقت بعد القضاء او التراضي قبل قبضها اي قبل النفقة سقطت لانها صلة والصلات تسقط بالموت قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه وكما تسقط المفروضة بموت احد الزوجين هل تسقط بالطلاق اختلفوا فيه قال بعضهم لا تسقط وقال القاضي الامام ابو علي النسفي وجدت رواية في السقوط وذكر البقالي ان على قول محمد تسقط ولا رواية فيه عن ابي يوسف وذكر شمس الائمة الحلواني زاد الخصاف لسقوط النفقة المفروضة سببا آخر فقال تسقط بموتها وتسقط اذا طلقها وايانها ولو فرض القاضي للمطلقة نفقة العدة فلم تأخذ حتى انقضت العدة هل تسقط كما تسقط بالموت قال بعضهم لا تسقط وذكر شمس الائمة الحلواني انما فرض القاضي للمرأة نفقة العدة فلم تستوف حتى مات احد الزوجين تسقط وكذا اذا انقضت العدة قبل القبض انتهى الا ان تكون استدانت بامر قاض فحينئذ لا تسقط بالموت والطلاق لان القاضي اذا امرها بالاستدانة كان استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدانت بنفسها لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بامر القاضي ولو عجل لها النفقة او الكسوة لمدة ثم مات احدهما قبل تمامها اي تمام المدة فلا رجوع عندهما خلافا لمحمد فانه يقول يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره ولهما انها صلة وقد اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد منها شيء بالاجماع وعن محمد انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر قال صاحب التسهيل قول يشكل بنفقة القاضي فانها ترد اذا مات مع انها صلة ايضا ثم قال ويمكن الجواب بان النفقة ثمة من بيت المال وولاية الحكام على بيت المال نظرة والنظر في استردادها المعجلة لفوت الغرض بعد الموت واما هنا فقد دفعها الزوج من ماله مختارا وتمت الصلة بالقبض فانقطع الاسترداد بالموت فلما كان في الدفع مختارا مستقلا لانائبا عن احد فلم يعتبر النظر هنا اذا لم يعمل في ماله شيء فافترقا انتهى يقول الفقير يعني انه كان ينبغي لمحمد ان لا يتابع في هذه المسألة لان محمدا معنا في كون النفقة صلة لا عوضا عن الاحتباس بشهادة بعض المسائل السابقة لانه تابعنا فيها على ما عرفته فان قلت ان محمدا يخالفنا في كونها صلة بل يقول انها عوض كالشافعي قلت فعلى هذا كان يلزم عليه ان يتابع الشافعي في المسائل السابقة ايضا وهو لم يتابعه بل تابعنا كما في جوابه والى ما قلنا اشارة في كلام العلامة يعقوب باشا رحمه الله بعد ما كتبته وشاهدي في ذلك عالم السر والخفيات فلله الحمد

واذا تزوج العبد بالاذن اي باذن مولاه فنفقتها دين عليه اي على العبد يباع فيه لانه
دين وجب في ذمته لوجود سببه وهو عقد النكاح وقد ظهر وجوبه في حق المولى لوجود اذنه
فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وللمولى ان يفدي لان حقها في النفقة
لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة هـ
مرة بعد اخرى مثلا عبد تزوج امرأة باذن المولى فيفرض القاضي النفقة عليه فاجتمع
عليه الف درهم فبيع بخمسمائة وهي قيمته والمشتري عالم بان عليه دين النفقة يباع مرة بعد اخرى
ولا يباع في دين غيرها اي غير النفقة الا مرة والفرق ان النفقة تتجدد وجوبها بمضي
الزمان وذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون وعلى الزوج ان يسكنها
في بيت لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة
حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وانفقوا عليهن من وجدكم
خال عن اهله واهلها الا ان تختار ذلك لانها تتضرر بالسكنى مع الناس اذ لا تأمن
على متاعها ويمنعها من الاستمتاع والمباشرة ولو اختارت ذلك فقد رضيت بانتقاص حقها
ولو كان ولده اي ولد الزوج من غيرها لما بينا من التضرر ويكفيها بيت مفرد من دار
اذا كان له غلق لان المقصود يحصل به وله اي للزوج منع اهلها ولو ولدها من غيره
من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه لا من النظر اليها والكلام
متى شاءوا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر يقول الفقير الظاهر ان المراد محرمها
وان لم يصرح بها في الكتب لان غير المحرم لا يجوز له النظر اليها والصحيح انه اي الزوج
لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ومن دخولهما عليها في الجمعة مرة وفي غير الخروج والدخول
في غيرهما اي غير الوالدين من المحارم لا تمنع في السنة مرة وقوله في الصحيح احتراز
من قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا تمنع المحارم مطلقا من الزيارة في كل شهر مرة
قال مولانا الفاضل سعدي افندي بن اغلو وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او غسالة
او كان لها حق على اخر او لاخر عليها تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك
من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا ياذن لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت
يكونان عاصيين وتمنع من الحمام وخالفه قاضيخان في الحمام حيث قال في فصل الحمام
من فتاواه دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا الى اخر ما قاله انتهى
وتفرض نفقة زوجة الغائب وطفله وابويه في مال له اي للغائب من جنس حقهم يعني دراهم
او دنانير او طعاما او كسوة اما اذا كان من خلاف جنس حقهم لا يفرض النفقة فيه لانه
يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا يباع على الحاضر
لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر ولا حجر على الحر العاقل البالغ عنده رح فكذا على
الغائب بل اولى واما عندهما فانه كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه عند مودع
او مضارب او مديون يقر كل منهم به اي بالمال عنده ويقر بالزوجية فاذا طلبت الزوجة
النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقتها ونفقة اولادها الصغار واذا طلب الوالدان
النفقة فرض القاضي ايضا في ذلك المال نفقتهما يقول الفقير كما علم هو ان يقول
بعد قوله ويقر بالزوجية وبكونهما والدين وبكون الطفل ابناء او يعلم القاضي ذلك وان لم يعترف
كل منهم ذلك اما اذا اعترف كل منهم فلانه لما اقر بالزوجية والمال فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها
ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة ابي سفيان والوالدان اولى بذلك
اذا كانا محتاجين وكذا الطفل وان اقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هاهنا فان اثره هاهنا
اشد قبولا لان اقرار صاحب اليد في هذا الموضع لتعين طريقا اثبات الحق عند اقراره لعدم امكان
اثباتها بالبينة فان الحاكم احد الامرين من الزوجية والمال لا تقبل بينة المرأة فيه لان بينتها ان كان
لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم في اثبات حقوق الغائب وكذا الوالدان والولد وانما ثبت عليه الحق
باقراره على نفسه نفعا على الغائب لكونه ما اقر به ملكه هـ

جواز دخول الحمام للرجال والنساء

وطولب

وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا احضر صاحب الدين غريما للغائب بل من علم
حيث لا يقضي باداء الدين لصاحب الدين وهما مقران للغائب بالدين والوديعة واجيب
بان امر القاضي بما فرض فيه للنظر للغائب لان في الامر بالانفاق على المرأة ابقاء ملكه ولا نظر في قضاء
الدين نظرا له بل هو قضاء عليه بقول الغير الا انه ثم اذا جاز للقاضي ان يأمر المودع
بالانفاق عليها بالاقرار المحتمل للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمل الكذب اصلا اولى
كذا في العناية ويحلفها اي يحلف المرأة ان ابا الغائب لم يعطها النفقة نظرا للغائب
ويأخذ منها كفيلا نظرا للغائب ايضا وحاصله ان يعلم المال اذا اعترف به وبالزوجية
او علم القاضي بهما يحلفها اولا انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة
واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفائها فان اتفق ذلك كان
الزوج مخيرا في اخذ ايهما شاء من المرأة والكفيل قال صاحب الهداية ولا يقضي بنفقة
في مال غائب الا لهؤلاء يعني زوجته واولاده الصغار ووالديه واما غيرهم من المحارم
كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ان
نفقة الزوجة والاولاد الصغار والوالدين واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان
لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم واما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب
بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز انتهى ومعنى كونه مجتهدا فيه ان
الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين وفيه نظر كذا في العناية قال مولانا سعدي افندي
ولعل وجه النظر انها ثابتة بالدليل القطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فخلاف
الشافعي لا يعتد به كخلاف ابن المسيب في التحليل بالنكاح وخلاف الشافعي في حل متروك
التسمية عمدا انتهى فلو لم يقر هؤلاء اي المودع والمضارب والمديون بالزوجية
ولم يعلم القاضي بها فاقامت المرأة بينة بها لا يقضي بها لان في ذلك قضاء على الغائب
وكذا لو لم يخلف مالا فاقامت البينة على الزوجية ليفرض القاضي لها نفقة
ويأمرها بالاستدانة عليه اي على الغائب لا يسمع بينتها لان في ذلك قضاء على الغائب
ايضا وعند زفر يسمعها القاضي لفرض النفقة لا لثبوت الزوجية لان فيه نظرا لها
ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف
فان نكل عن اليمين فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل
او المرأة وهو المعمول به اليوم والمختار قال صاحب الكافي وكان ابو حنيفة رح يقول اولا
يقضي بالنفقة على الغائب ثم رجع وقال لا يقضي وعند محمد رح لا يقضي قولا واحدا وكان
ابو يوسف رح يقول اولا لا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع وقال لا تقبل والقضاة
في زماننا يقبلون البينة من المرأة ويفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس
وهو مجتهد فيه وقال في المحيط وهو ارفق بهم انتهى وتجب النفقة والسكنى
لمعتدة الطلاق ولو كان بائنا او رجعيا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي
التي طلقها زوجها ثلاثا او خلعها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا
اما الرجعي فلان النكاح قائم بعده لا سيما عندنا فانه يحل له وطؤها واما البائن
فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي
رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة رواه مسلم وابو داود
والنسائي وابن ماجه رحمهم الله تعالى ولانه لا ملك والنفقة مرتبة على الملك
ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدام الملك بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا
عرفنا وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن
ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس وهو قائم في حق حكم مقصود بالنكاح
وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان
لها السكنى بالاجماع فصار كما اذا كانت حاملا

وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة رضي الله تعالى عنهم واسامة بن زيد وهو زوج فاطمة الراوية اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده وقال بعضهم تأويله ان زوجها خرج الى اليمن بعد ما طلقها ووكل اخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك ولم يكن الزوج حاضرا ليقضى عليه بشيء اخر لان القضاء على الغائب لا يجوز كذا في الكافي والمعرفة بلا معصية كخيار العتق والبلوغ والتفريق لعدم الكفاءة فانه يجب النفقة والسكنى لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست لاستيفاء المهر لا لمعتدة الموت لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة والمعرفة بمعصية كالردة وتقبيل ابن الزوج لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة وانما لم يتعرضوا للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بشيء اصلا واما النفقة فواجبة لها لكن تسقط بمعصية من قبلها واما الردة فذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج للحبس من بيت الزوج فلها النفقة كذا في العناية ولو ارتدت مطلقة الثلاث تسقط نفقتها يعني اذا طلقت ثلاثا ثم ارتدت العياذ بالله تعالى سقطت نفقتها لا لو مكنت ابنه يعني اذا طلقت ثلاثا ثم مكنت ابن زوجها لا تسقط نفقتها والفرق بينهما ان الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فوقع الفرق حتى اذا لم تخرج المرتدة من بيت الزوج للحبس فلها النفقة ايضا على ما سبق آنفا

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الزوجة شرع في بيان نفقة الاولاد ونفقة الطفل الفقير على ابيه لا يشركه اي الاب ولا يشاركه بفتح الراء من باب علم فيها اي في النفقة احد في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى اذ الحكم يترتب على المشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هي الولادة لكونها هي المؤثرة في وجوب النفقة اذ هو السبب الجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولادة فاذا تحقق يضاف الحكم اليه هـ

ويجوز ان يقال استدل بالاية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة بها وانما انتفى الاشتراك فاما ان تثبت على الاب او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول كذا في العناية قال مولانا سعدي افندي فيه تامل انتهى يقول الفقير وجه التامل ان لقائل ان يقال سلمنا ان الزوجة لا تقبل الاشتراك لكن الولد مشترك بين الاب والام فاني يستقيم الاستدلال تدبر وقيد الطفل بالفقير لانه اذا كان له مال فنفقته في ماله لان الاصل في نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا كنفقة الابوين والزوجة يعني لا يشترك الاب في نفقة الولد احد كما لا يشترك الزوج في نفقة الزوجة احد ولا يشترك الولد في نفقة الوالدين احد ولا تجبر امه على ارضاعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستاجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه قيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان قوله تعالى يرضعن معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب اذا لم توجد من ترضعه او لم يقبل الصغير ثدي غيرها الا اذا تعينت الام للارضاع بان لا توجد من ترضعه او لم يقبل الصغير ثدي غيرها فتجبر على ارضاعه صيانة للصبي عن الضياع ويستاجر الاب من ترضعه عندها اذا لم تتعين الام اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها يعني اذا ارادت ذلك لان الحضانة لها فلا يملك الاب ابطال ولو استاجرها اي الام وهي زوجته او معتدة من رجعي لترضع ولدها لا يجوز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في الرجعي رواية واحدة لا رواية فيه غيرها وفي معتدة البائن روايتان في رواية لا يجوز وفي رواية يجوز استيجارها لان النكاح قد زال ووجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام وبعد العدة يجوز استيجارها اتفاقا لان النكاح قد زال بالكلية فصارت كالاجنبية وهي اي الام احق من الاجنبية للاستيجار للارضاع لانها اشفق فكان نظر الصبي في الدفع اليها ان لم تطلب زيادة على الغير وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه اشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية وان رضيت الاجنبية ان ترضع بغير اجر او بدون اجر المثل والام باجر المثل فالاجنبية ههنا اولى كذا في الزيلعي ولو استاجرها وهي زوجته لارضاع ولده من غيرها جاز الاستيجار لانها غير مستحق عليها ونفقة البنت بالغة والابن زمنا على الاب خاصة به يفتى هذا ظاهر الرواية لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فصار كالولد الصغير وقيل على الاب ثلثاها وعلى الام ثلثها لان الميراث لهما على هذا المقدار قال صاحب الهداية وهذا رواية الخصاف والحسن ووجه الفرق على هذه الرواية بين نفقة الولد الصغير حيث وجب كلها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فكان بمنزلة نفسه وجزئه لا يشاركه في نفقة نفسه فكذا في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه فيكون بينهما اثلاثا فكذلك نفقته انتهى

فيقول

وعلى الموسر يسارا يحرم الصدقة عليه نفقة اصوله الفقراء قال صاحب الهداية ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا اذا كان من اهل الغلات او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم اذا كان محترفا ينفق من كسبه لان المعتبر في حقوق العباد انما هو المقدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب حرمان الصدقة وهو ما يساوي مائتي درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنا الموجب للزكاة فلان لا يشترط هنا اولى ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكاة قال في الخلاصة هكذا قال صدر الشريعة وفي الفتاوى الصغرى ان نقص منه درهم لا يجب كذا في العناية اذا تقرر هنا فاعلم ان على الموسر يسارا يحرم الصدقة عليه نفقة اصوله الفقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين قال صاحب العناية قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه حين اسلم وقالت له ام جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد فترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد رضي الله عنه وصبرت هي ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة ايام حتى غشي عليها فاتى سعد رضي الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم وشكى ذلك فنزلت الاية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا والضح بكسر الضاد المعجمة والحاء المهملة الشمس وضوؤها واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات فيتناولهما النص ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانهم اذا كانوا ذوي مال فايجاب نفقتهم في مالهم اولى من ايجابها في مال الغير قال صاحب العناية ولم يذكر صاحب الهداية ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه او لا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي رحم محرم بناء على ان استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على الاب نفقته وفرق بينهما بتفضيل الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجة مزهدة كانت كالنفقة والكسوة او فرعها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط هنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الولد لوقعت المساواة بينهما فيتم دليل المفاضلة ح بالسوية بين الابن والبنت في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان استحقاق الابوين انما هو بحق التملك في مال الولد لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث ولهذا يثبت لها الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث وقال بعضهم يجب على الولد الذكور والاناث على قدر ارثهما لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك

صدر الشهيد

حكاية

مطلب للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد

ويعتبر فيها اي في النفقة يعني في وجوبها القرب والجزئية لا الارث فلو كانت له بنت وابن ابن فنفقته على بنت البنت للجزئية لانها جزؤه مع ان كل ارثه للاخ لكونه عصبة وبنت البنت من ذوي الارحام فعلم ان المعتبر القرب والجزئية لا الارث وعليه نفقة كل ذي رحم محرم منه وهو من لا يحل نكاحه على التأبيد ان كان ذلك فقيرا صغيرا ذكرا او انثى او بالغا زمنا او اعمى او لا يحسن الكسب لخرق اي لحمق وفساد عقل وقع في القاموس في باب القاف وفصل الخاء المعجمة بعد الراء المهملة الخرق بالضم والتحريك ان لا يحسن الرجل العمل والتصرف في الامور والحمق كالخرقة والاخرق الاحمق ومن لا يحسن الصنعة ووقع فيه في باب الفاء وفصل الخاء المعجمة بعد الراء المهملة ايضا وخرف كنصر وفرح وكرم فهو خرف ككتف فسد عقله فيجوز هنا كلاهما او لكونه من ذوي البيوتات اي لكونه من العظماء الكبار والبيوتات جمع البيوت جمع البيت فكونه من ذوي البيوتات كناية عن كونه شريفا عظيما وفي بعض النسخ من ذوي البنونات جمع البنونة ولا معنى له ظاهرا تدبر او لكونه طالب علم لا يتفرغ على الكسب لاشتغاله بالعلم فيكون كالزمن لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم منه وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والتقييد بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك وقراءته مشهورة مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم فتكون بمنزلة الخبر المشهور فجاز تقييد اطلاق الكتاب به ثم انه لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز بها وشرط وجوب نفقة الكبير العجز عن الكسب حقيقة كالزمن والاعمى ونحوهما او معنى كمن به خرق ونحوه ويجبر عليه اي على النفقة الا ننفاق لايفاء حق تحقق عليه وفي بعض النسخ ويجبر عليها اي على النفقة وتقدر النفقة بقدر الارث لان الله تعالى نص على ان الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم وعلى هذا لو اوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث حتى لو كانت له اخوات متفرقات كان تكون له اخت لاب وام واخت لاب واخت لام فنفقته عليهن اخماسا ثلاثة اخماسها على الاخت لاب وام وخمسها على الاخت لاب وخمسها على الاخت لام كما يرث منه فان اصل المسألة في هذه الصورة من ستة نصفه وهو الثلاثة للاخت لاب وام وسدسه وهو واحد للاخت لاب تكملة للثلثين وسدسه وهو واحد للاخت لام والباقي وهو واحد للعصبة ان وجدت والا يرد عليهن بحساب فروضهن ويعتبر فيها اي في النفقة اهلية الارث لا حقيقته والمراد من اهلية الارث ان لا يكون محروما باحدى اسباب الحرمان فنفقة من له خال وابن عم على خاله وميراثه لابن عمه ونفقة زوجة الاب على الابن لان خدمة الاب على الابن فكذا نفقة من يخدمه ونفقة زوجة الابن على ابيه ان كان الابن صغيرا او زمنا لانه ليس للابن كالاب في كون خدمته عليه فلا يكون نفقة زوجته عليه ما لم يكن صغيرا او زمنا وذكر في المبسوط لا يجبر الاب على نفقة زوجة الابن ويجب على الابن نفقة خادم الاب اذا احتاج اليه لان خدمة الاب مستحقة على الابن فكذا نفقة من يخدمه ولا كذلك زوجة الابن كذا في الاختيار ولا يجب نفقة الغير على فقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف يستحق عليه الا للزوجة والولد الصغير اما الكبير العاجز عن الكسب لكونه اعمى او زمنا

فنفقته على البنت للقرب والجزئية مع ان ارثه لها فلم يعتبر الارث ولو كانت له بنت بنت واخ ح

فائدة وجوز انفق الصحابة وقد قال عليه السلام رضيت لامتي ما رضي لها ابن ام عبد الله ولذا يرجح قوله اي امامنا الاعظم على قول سائر الصحابة كما ذكره علي القاري في شرح شرح النخبة لمحرره

وحرمان الارث بارع كان از قتل مانع بيراث را ميدان چهار رق قتل اختلاف دين دار لمحرره

لان الزوج التزم نفقتها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لا تنتظم دونها فلا يعمل
في مثلها الاحسان وقال الله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما
آتيه الله وقال وعلى المولود له رزقهن ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين
لبطلان اهلية الارث وقد مر ان المعتبر اهلية الارث فلا بد من اعتبار الارث
ولهذا قلنا لا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا على عكسه
الا للزوجة وقرابة الولاد فانه تجب النفقة لهما مع الاختلاف في الدين
اما الزوجة فلان نفقتها تجب باعتبار الحبس المستحق بعقد النكاح وذلك
يعتمد صحة العقد لا اتحاد الملة حتى لا يجب بالنكاح الفاسد ولا الوطي
بشبهة واما الاصول فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وقد فسرها
النبي صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة وقد مر بيانه واما الفروع فلان الفرع
جزؤه ونفقة الجزء لا تمنع بالكفر كنفقة نفسه اعلى او اسفل
لان الاجداد والجدات كالابوين على ما مر والاحفاد كالاولاد لكونهم
اجزاؤه بالواسطة وقيدها صاحب القدوري بقيد الذميين احترازا
عن الحربيين والمستامنين اما الاول فلانا نهينا من البر في حق من يقاتلنا
واما الثاني فلخصية ان يلحق بدار الحرب فلا يجبر المسلم على انفاق ابويه
الحربيين ولا الحربي على انفاق ابيه المسلم اما الذمي فلان الاستحقاق
بطريق الصلة والحربي لا يستحقها للنهي عنه لقوله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين
قاتلوكم في الدين الآية انتهى قول الفقير في دليله بحث لانه انما يثبت عدم
جبر المسلم على انفاق ابويه الحربيين فقط لا عدم جبر الحربي على ابيه المسلم اما الذمي
فالمثبت له انقطاع الولاية تدبر وللاب بيع عرض ابنه لنفقته لان له ولاية
الحفظ في مال ولده الغائب اذ للوصي ذلك فللاب اولى لوفور شفقته
وبيع المنقول من باب الحفظ اذ يخشى عليه التلف فاذا جاز بيعه
فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه اعترض عليه بانه
كذلك لكن الغرض انه يبيعه لنفقته وانما يصح بيعه ان لو كان قصده
من البيع الحفظ واجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصد
الانفاق لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا اثر للعزيمة في تغير الحقيقة هـ
لا بيع عقاره لان العقار ليس كالعرض لانه محفوظ بنفسه وانما قال
وللاب لانه ليس لغير الاب من الاقارب بيع عرضه اذ لا ولاية لهم اصلا
في التصرف حال الصغر يبقى اثرها بعد البلوغ ولا في الحفظ بعد الكبر
بخلاف الاب قال مولانا الفاضل يعقوب باشا في كلامه
وهو ان الابن اذا كان صغيرا يجوز للاب بيع عقاره ايضا لنفقته كما صرح به
في الهداية وسائر الكتب فالاولى تقييد الابن بالكبير هـ
ولا بيع العرض لدين له اي للاب على الابن سواها اي سوى النفقة وهذا اي جواز بيع عرض
ابنه لنفقته لا بيع عقاره ولا بيع العرض لدين له على الاب سواها مذهب ابي ح هـ
واما عندهما فلا يجوز ذلك كله وهو القياس اذ لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ
ولهذا لا يملك حال حضرته وجه الاستحسان ما ذكرنا ان له ولاية الحفظ
في مال ولده الغائب وبيع المنقول من باب الحفظ قال الزيلعي في المسئلة
نوع اشكال وهو انه يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا
في المانع له من البيع بالنفقة عندهما او بالدين عند الكل انتهى هـ

عليه السلام

وقال صاحب الدرر لا اشكال اصلا لان هٰهنا مقدمتين احديهما
ان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ والثانية ان بيع المنقول من باب الحفظ بالنفقة
ولا يلزم من كون الاولى اجماعية كون الثانية كذلك فالمانع من البيع
عندهما كونه منافيا للحفظ واما المانع من البيع بالدين فهو ان ثبوت الدين
يحتاج الى القضاء بخلاف نفقة الولاد كما سبق والعجب ان هذا
مع كمال الظهور كيف خفي على من هو بالفضل مشهور
قال صدر الشريعة قالوا ان للاب ولاية حفظ مال الابن وبيع المنقول
من باب الحفظ لا بيع العقار لانه محصن بنفسه فاذا باع المنقول فالثمن
من جنس حقه فيصرفه اليها ثم قال قلت الكلام في انه هل يحل له
بيع العروض لاجل النفقة لانه البيع لاجل المحافظة ثم الانفاق من الثمن
على ان العلة لو كان هذا لجاز البيع لدين سوى النفقة بعين هذا التعليل
اقول العقوم انه كيف لا جاز البيع لاجل المحافظة لا يثبت
جواز البيع للنفقة فان معنى كلامهم ان بيع المنقولات يجوز لاجل النفقة
انه يجوز لاجل المحافظة بدليل جوازه للوصي فلان يجوز من الاب اولى
لانه يستفيد الولاية من الاب فاذا جاز بيعه للمحافظة وباع حصل الثمن جنس
النفقة فجاز صرف الاب اياه في نفقته واما قوله على ان العلة لو كان هذا
فبطل محض لما عرفت ان المانع من البيع بالدين هو ان ثبوت الدين يحتاج
الى القضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف نفقة الولاد فلا يلزم من جواز
الاول جواز الثاني انتهى ولا للام بيع ماله لنفقتها اذ لا ولاية لها في التصرف
حال الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر فان قيل قد سبق ان للام ايضا
حق الملك في مال الابن المحتاج وهو يقتضي ان يجوز لها ايضا ان تبيع مال
ولدها لنفقتها قلنا ان مدار جواز البيع ليس حق التملك بل ولاية التصرف
في مال الولد فمن له ولاية التصرف فيه جاز له بيع المال ومن لا فلا قال
صاحب العناية هذا مخالف لما ذكر في الاقضية وما ذكره
القدوري من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسئلة روايتان
في رواية الاقضية والقدوري تملك الام البيع كالاب لان معنى
الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون
ما في الاقضية تاويلا بان الاب هو الذي يبيع لكن لنفقتهما فاضاف
البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظ وعندهما
لا يجوز بيع ماله للنفقة للاب ايضا وهو القياس وقد بيناه آنفا فلا نعيده
ولا ضمان عليهما لو انفقا من مال الابن عندهما اي عند الاب والام لانهما
استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس
حقهما ولو انفق المودع بفتح الدال مال الابن الذي اودعه اياه عليهما
اي على الاب والام بغير امر قاض ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية
لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم
لعموم ولايته ولا يرجع المودع المنفق عليهما اي على الاب والام
لو ضمن لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا بماله نفسه هـ

اقول ان قال صاحب الدرر اقول لمحرره

انتهى ما في الدرر لمحرره

ولو قضي بنفقة غير الزوجة ومضت مدة بلا انفاق سقطت النفقة ه‍
لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى يجب مع اليسار وقد حصلت الكفاية
بمضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها
فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى الا ان يكون القاضي امر بالاستدانة
عليه ه‍ بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي فانها لا تسقط بمضي المدة
يعني اذا امر القاضي بالاستدانة عليه لا يسقط نفقة غير الزوجة كنفقة الزوجة
وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كامر الشخص
الذي عليه النفقة بالاستدانة ولو امر هو بالاستدانة صار دينا في ذمته
ولا تسقط بمضي المدة فكذا اذا امر القاضي بذلك وإذا تقرر هذا ان
نفقة الزوجة للاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر وجه ما قال
في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر ثم مضت المدة وفي
يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة
الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة
فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تنقضي تلك المدة ولو كان ذلك
في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم ثانيا كذا في العناية ه‍
وعلى المولى نفقة رقيقه لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم
جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون
ولا تعذبوا عباد الله ولانهم مشغولون بخدمته محبوسون في ملكهم
فيجب الانفاق عليهم لئلا يهلكوا جوعا فان ابى المولى عن الانفاق
اكتسبوا اي اكتسب الارقاء الدال عليه لفظ الرقيق
وانفقوا عليهم لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا
ويبقى ملك المالك وان لم يكن لهم كسب بان كانوا زمنى
مثلا او لا يوجر مثلهم اجبر المولى على بيعهم لانهم من اهل الاستحقاق
وفي البيع ايفاء حقهم وايفاء لحق المولى بالخلف وهو الثمن
بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تأخيرا ونفقة المملوك
لا تصير دينا فيكون ابطالا وفي المدبر وام الولد اجبر على الانفاق
لامتناع البيع فيهما قالوا رجل لا ينفق على عبده ان قدر على الكسب
ليس له ان يأكل من مال مولاه بلا رضاه وان لم يقدر على الكسب
جاز اكله من مال مولاه بلا رضاه لانه مضطر وكذا ان منع
مولاه من الكسب جاز اكله من ماله بلا رضاه ه‍
وفي غيرهم من الحيوان المملوك يؤمر صاحبه بالانفاق عليه ديانة
لان الحيوان ليس من اهل الاستحقاق فلا يجبر المولى على نفقته الا انه
يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب
الحيوان وفي ترك الانفاق ذلك ونهى ايضا عن اضاعة المال وفي ترك الانفاق
ايضا اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر على الانفاق في الحيوان ايضا
وهو قول الشافعي لان في ترك الانفاق تعذيبه واضاعته فهما منهيان
وفي غير الحيوان كالدور والدواب لا يؤمر بعمارتها ديانة ايضا

كتاب الاعتاق

كتاب الاعتاق

ذكر بعد الطلاق لمناسبة ان في كل منهما اسقاط الحق الا ان الاول قدم لمناسبة النكاح
ثم الاسقاطات انواع يختلف اسماؤها باختلاف انواعها واسقاط
الحق عن الرق اعتاق واسقاط الحق عن البضع طلاق واسقاط ما في الذمة
ابراء واسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو ومن محاسن الاعتاق انه
احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة
والولاية والقضاء وتعيين العتاق في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي
وطار عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية
والقضاء واسبابه كثيرة منها الاعتاق فانه هو اثبات القوة الشرعية في المملوك
بحيث يصير المملوك بها اهلا لما ذكرنا آنفا وهو تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم
ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحسنوا
ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء
وانما يصح الاعتاق من مالك حر مكلف شرط الحرية لان الاعتاق لا يصح الا
في الملك ولا ملك للمملوك وشرط البلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا
والعقل لان المجنون ليس باهل التصرف ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق
عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم بصريحه اي
بصريح لفظ الاعتاق وان لم ينو كانت حر او محرر وعتيق او حررتك او
معتوق او اعتقتك لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا
وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات
الشرعية للحاجة كما في الطلاق وغيرها ولو قال عنيت به الاخبار الباطل صدق
ديانة لانه يحتمله لا قضاء لانه خلاف الظاهر او هذا مولاي او يا مولاي او هذه مولاتي
فان لفظ المولى مشترك احد معانيه المعتق بفتح التاء وفي العبد لا يليق الا هذا المعنى
فيعتق بلا نية او يا حر او يا عتيق وانما يثبت بهما العتق لان النداء بهذا الوصف
يقتضي ثبوته واثباته ممكن من جهته فيثبت تصديقا له ان لم يجعل ذلك
اسما له لان الحر او العتيق اذا كان علما له فانما يراد به الذات لا التوصيف
حتى قيل لو سماه حرا ثم قال يا آزاد او بالعكس يعتق لانه ما ناداه باسم
علمه وكذا يعتق بلا نية لو اضاف الحرية الى ما يعبر به عن جميع البدن
كرأسك حر وعنقك او بدنك او وجهك حر ورقبتك حر فان هذه الالفاظ
مما يعبر به عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وكقوله لامته فرجك حر
لان الفرج مما يعبر به عن جميع البدن وقد مر هذا في الطلاق وان اضاف الى جزء شائع
كالنصف والثلث ونحوهما يقع العتق في ذلك الجزء وسيأتي الخلاف فيه في
الباب الذي يلي هذا وان اضافه الى ما لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا
خلافا للشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه فيه ويصح بكنايته
عطف على قوله بصريحه لكن ان نوى العتق كلا ملك لي عليك ولا سبيل
او لا رق او خرجت من ملكي وخليت سبيلك لانه يحتمل نفي هذه الاشياء
بالبيع او بالكتابة كما يحتمل بالعتق فاذا نواه تعين ولو قال لعبده اذهب حيث
شئت او توجه اين شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى لانه يفيد زوال اليد
فلا يدل على العتق كما في الكتابة كذا في المحيط نقلا عن غاية البيان او قال لامته اطلقتك
ان نوى به العتق يعتق اذ يقال اطلقه من السجن اذا خلى سبيله فهو كقوله خليت سبيلك

ولو قال لامته طلقتك لا تعتق وان نوى لانه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق اثبات القوة الشرعية والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ملحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يصلح مستعارا للاعلى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه واذا ظهر هذا ظهر لك جواز استعارة الفاظ العتق للطلاق مثل ان يقول انت حرة لمنكوحته وينوي به الطلاق دون عكسه اي لا يجوز ان يقول لامته انت طالق او طلقتك وينوي به العتق وكذا سائر الفاظ صريح الطلاق وكنايته اي لا يصح ان يكون مجازا عن العتق خلافا للشافعي فانه قال يعتق اذا نوى ولو قال انت لله لا تعتق خلافا لهما لان اللام للاختصاص وخصوص ملك الله تعالى بزوال ملك العبد عنه فيكون اعتاقا ولابي حنيفة ان العبد قبل هذا القول كان لله لان الاشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق فيكون اخبارا لا انشاء ولو قال هذا ابني او ابي للاصغر والاكبر عتق بلا نية فان كان المقر له يولد مثله لمثله او لم يكن مجهول النسب يكون هذا اللفظ مجازا عن الحرية فيعتق وان لم ينو لان المجاز متعين وكذا هذه امي يعني تعتق الامة سواء كانت يولد مثلها لمثله او لم يولد وفي الاكبر سنا منه خلاف للامامين وعن هذا قال وعندهما لا يعتق ان لم يصلح ان يكون ابنا له او ابا له او اما له لان كلامه محال فيلغى كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لان كلامه محتمل المجاز ان يكون مخلوقا من مائه بالوطي عن شبهة ولابي حنيفة انه اقر بحرية عبده طائعا فيعتق عليه كما اذا كان يولد مثله لمثله وهو معروف النسب وهذا لان الحرية من لوازم النسب في المملوك والاقرار بالشيء اقرار به وبلوازمه فكانه قال هو ابني وهو حر فلغى ما يعرض عليه بلغوها بالمستحيل في كلامه ويعتبر ما لا يستحيل كذا هنا كذا في الكافي ولو قال لصغير هذا جدي لا يعتق في المختار لان الجد انما يجعل مجازا للحرية في الملك بواسطة الاب والواسطة منتفية فلم يكن جعله مجازا والابوة والبنوة ليستا كذلك لانهما تجعلا مجازا للحرية بلا واسطة قال صاحب العناية وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا جدي ابو ابي عتق وقيل هذه خلافية كالاولى وقال بعضهم لا خلاف فيه بل لا يعتق اجماعا وكذا لو قال هذا اخي لما بينا انه انما يجعل مجازا للحرية في الملك بواسطة الاب والواسطة منتفية لا تعتق قال في المبسوط هنا انما ذكره مطلقا فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي وامي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك فيراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة من النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا مشترك بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز لا يعارض الحقيقة او قال لعبده هذا بنتي قيل لا يعتق بالاجماع لان المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى هنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقيل هو على الخلاف ولا يعتق بلا سلطان لي عليك وان نوى لان السلطان عبارة عن اليد يقال للملك سلطنة فيراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد فكانه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما مع المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى به العتق عتق وفي هذا المحل

سؤال وجوابه في العناية وابحاث في حاشية يعقوب باشا وتعليقات مولانا الفاضل سعدي افندي على الهداية ان شئت ان تطلع عليها فراجع هذه الكتب تركناها خوفا من الاطالة والاملال والعلم في الحقيقة الى الملك المتعال ولا يعتق بيا ابني ويا اخي لان النداء لاعلام المنادى لا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق هذا الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام وروي عن ابي حنيفة شاذا انه يعتق فيهما اي في قوله يا ابني ويا اخي والحاصل ان العتق يقع بالنداء بثلاثة الفاظ في ظاهر الرواية وهو يا حر يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا اخي والاعتماد على الظاهر كذا في العناية او قال انت مثل الحر لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية فلا تقع بالشك قال صاحب العناية اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لا يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليل صاحب الهداية اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك انه اذا نوى الحرية زال الشك انتهى وقيل يعتق يقول الفقير الظاهر انه مصروف الى قوله يا ابني ويا اخي وانت مثل الحر جميعا لانه روي العتق فيهما عن ابي حنيفة شاذا على ما ذكرناه آنفا وفي قوله انت مثل الحر قال بعض المشايخ يعتق اذا نوى على ما نقل صاحب العناية عن المبسوط ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ومن ملك ذا رحم محرم قال صاحب الاصلاح والايضاح قوله محرم صفة الرحم وهو في الحقيقة سبب المحرمية الا انه جعل في لسان الشرع نفس المحرم مبالغة في التشبيه ثم قال في تغيير الفرائض كان الظاهر ان يقال محرما لانه صفة لقوله ذا الا انه جر للجوار كما في قولهم كان جحر ضب خرب وعذاب يوم اليم وما احسن بارد انتهى يقول الفقير اتفق السلف جميعا على ما ذكره في تغييره لان ما ذكره في الاصلاح ليس بسديد يعرف كونه كذلك بالتامل نال منه اي من ملك عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم اجمعين ورواه بعضهم هكذا من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما فان قيل الضمير مثله يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار ابي سفيان فهو آمن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بان وقوعه جزاء لقوله من ملك يبنى عن ذلك فيلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته ثم انه نبه بقوله عليه على انه لا دخل فيه لقصد الاعتاق بل لا احتمال له في بعض الصور كما اذا ملكه بالارث فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه فعطف بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر ولا يصح ان يكون دليلا لهم للتعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثاله اكثر من ان يحصى ثم انه قال صاحب الاصلاح والايضاح في تغيير الفرائض وغير الرحم المحرم اولاد الرجل واولاد ابويه وهم الاخوة والاخوات واولاد الاخوة والاخوات وان سفلوا وآباؤه واجداده وجداته وان علوا واول بطن من بطون الاجداد والجدات يعني الاعمام والعمات والاخوال والخالات دون اولادهم

ونحن نقول ان القرابة الحقيقية على ثلاثة اقسام قرابة قريبة وهي قرابة ذي الرحم المحرم من الولاد وحكمها العتق بملكه اياها بلا اتفاق بيننا وبين الشافعي خلافا لاصحاب الظواهر فانهم يقولون لا يعتق عليه لكن يلزمه ان يعتق وقرابة بعيدة وهي قرابة ذي الرحم غير المحرم اي غير المحرم بسبب الرحم فلا ينافي كونه محرما بسبب اخر كالرضاع والمصاهرة وحكمها عدم العتق عليه بلا اتفاق وقرابة متوسطة وهي قرابة ذي الرحم المحرم غير الولاد وحكمها العتق عليه عندنا خلافا للشافعي ولو كان المالك صغيرا او مجنونا فانه يعتق القريب عليهما عند الملك اذ تعلق به حق العبد فشابه النفقة اي كما يجب على الصبي والمجنون نفقة الابوين والولد ونفقة كل ذي رحم محرم منهما فكذا العتق وكان العلة عموم كلمة من في قوله من ملك ذا رحم الحديث يقتضي ان ينتظم الصغير والكبير والعاقل والمجنون والمسلم والكافر والمكاتب يكاتب عليه قرابة الولاد فحسب يعني اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه يكاتب عليه واذا اشترى اخاه ومن جرى مجراه لا يكاتب عليه عند ابي ح لان ملك المكاتب ناقص حتى لا يقدر على الاعتاق والوجوب عند القدرة وقرابة الولاد العتق فيها من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتعير بالرق فكذلك رق الوالد والولد يتعير به فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد واما في الاخ فليس من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه وابيه خلافا لهما فان المكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه يكاتب عليه عندهما وهي رواية عن ابي ح لانه لو كان حرا يعتق عليه فاذا كان مكاتبا يكاتب عليه كقرابة الولاد ومن اعتق لوجه الله تعالى عتق وهو ظ وكذا يعتق لو اعتق للشيطان او للصنم وان عصى لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فيترتب عليه الحكم وهو ظ فالقربة في اعتاقه لوجه الله زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين لكن يكون عاصيا لان ذلك من صنيع الكفرة وعبدة الاصنام وكذا يعتق لو اعتق مكرها او سكران لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق ولو اضاف العتق الى ملك مثل ان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر او اضاف الى شرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بين في كتاب الطلاق واما التعليق بشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق لان الاسقاطات يجري فيها التعليق بلا اتفاق بخلاف التمليكات على ما عرف في الاصول والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي من وجه اخر ايضا وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطل فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول ايضا ولو خرج عبد حربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لانه في البقاء من الامور الحكمية دون الجزائية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها والحمل يعتق بعتق امه تبعا لها اذ هو متصل بها وصح اعتاقه وحده دونها ولا تعتق امه باعتاق الحمل لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع وهو كون الام تبعا للولد والولد يتبع امه في الملك يعني اذا كانت الام ملك زيد فولدت ولدا كان الولد ايضا ملكا له وان كانت مشتركة بينه وبين عمرو كان الولد ايضا كذلك والرق يعني ان كانت الام رقيقة كان الولد كذلك وان كان الاب حرا والحرية يعني ان كانت الام حرة كان الولد كذلك وان كان الاب رقيقا

قالوا

قالوا الفرق بين الملك والرق ان الرق هو الذي ركبه الله تعالى على عبيده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على الخلاف فيه والملك هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه واول ما يوجد انما يوصف بالرق لا بالملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك يوجد في الجماد والحيوان غير الادمي لا الرق وبالبيع يزول ملك المالك لا الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول الرق ضمنا ضرورة فراغه عن حقوق العباد وههنا يتبين لك الفرق بينهما في العتق وام الولد والمكاتب فان الرق والملك كاملان في المدبر وام الولد ورق ام الولد ناقص حتى لا يجوز اعتاقها عن الكفارة والملك فيها كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز اعتاقه عن الكفارة وملكه ناقص لخروجه عن يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي كذا ذكر الزيلعي يقول الفقير كيف يكون الملك في ام الولد كاملا وهو لا يقدر على بيعها وهبتها الا ان يقال كون الملك فيها كاملا باعتبار عدم خروجها عن يد المولى كالمكاتب و دخولها تحت قوله كل مملوك لي وبعد فيه كلام تدبر اذا تقرر الفرق بين الملك والرق فاعلم ان معنى قوله والولد يتبع الام في الملك والرق ان الولد يتبع الام في كل العام والخاص حتى قالوا ان كان الولد بين الوحشي والاهلي ينظر ان كانت الام وحشية والاب اهليا لا يجوز اضحيته لانه يتبع الام وهي وحشية فلا يكون الولد ملكا وان كان بالعكس يكون الولد ملكا يجوز اضحيته والتدبير يعني اذا كانت الام مدبرة كان الولد كذلك والاستيلاد يعني ان كانت الام مستولدة ام ولد فزوجها من غيره فولدت منه يكون الولد في حكمها حتى يعتق بموت مولاها كما يعتق الام والكتابة يعني ان كانت الام مكاتبة كان الولد ايضا مكاتبا لان جانبها راجح بلا خلاف فيتبعها في الاوصاف وولد الامة من سيدها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك لسيدها ومن زوجها ملك لسيدها لان ماءها مملوك لسيدها فتعارضا فترجح جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضي به حين يكون ملكا لسيدها وولد المغرور حر بقيمته المغرور رجل اشترى امة على انها ملك البائع او نكح امة على انها حرة فولد كل منهما ولدا ثم ظهر ان الاولى ملك لغير البائع والثانية امة فح يكون كل من الولدين حرا بالقيمة اما حريته فلانه خلق من ماء الحر ولم يرض الوالد برقيته كما رضي في الاول فلا يتبعها واما القيمة فلرعاية جانب التبعية الاولى(?)

باب عتق البعض

اخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقديم ومن اعتق بعض عبده صح اعتاقه وسعى العبد في باقيه للمولى عند ابي ح وهو اي معتق البعض كالمكاتب لان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده حتى لا يجوز له نكاح الاربع ولا يملك التبرعات لان الاضافة اي اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية للعبد في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين اي قلنا بالمالكية يدا لا رقبة بانزاله مكاتبا لانه مالك يدا لا رقبة واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق وفي الطلاق والعفو لم يعمل بالدليلين فجعلنا المحل واثبتناه في الكل لانهما لا يتجزيان الا ان بينهما فرقا وهو انه اي معتق البعض لا يرد في الرق لو عجز بخلاف المكاتب لانه يرد لو عجز لان الكتابة عقد يقال ويفسخ والاعتاق اسقاط محض فلا يقبل الاقالة والفسخ وقالا يعتق كله ولا يسعى وهو قول الشافعي(?) واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله

اقول والنعم ما ذكره محرره

وكيف لا يكون الملك فيها كاملا لا يزول بالبيع ولا بالهبة واما غيرها فيزول بهما فغيرها ناقص في ملكه لكونه في معرض الزوال محرره وفقه الله الملك المتعال

مسئلة الاضحية

اسلام الولد وهو على ام الولد محرره

قوله فيقال مضارع مجهول من الاقالة كما ... وهذا المعنى حسن الفائدة محرره

وتعلم فاسواء على الطلاق في عدم التجزي محرره

وتفصيل هذا المقام على ما ذكره بعض من الفضلاء الكرام
هو ان العتق لا يتجزى باتفاق علمائنا لانه القوة الشرعية وهي غير متجزية وانما الخلاف
في ان الاعتاق يتجزى او لا فذهب ابو حنيفة ومالك الى ان الاعتاق يتجزى
وذهب الشافعي الى انه لا يتجزى كالعتق وليس المراد بتجزي الاعتاق
ان ذات القول او حكمه يتجزى لانه محال بل المراد منه ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزى
فيتصور ثبوته في النصف ودون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف
مثلا هل يوجب زوال الرق عن المحل كله او لا فعنده لا يوجب ذلك بل المحل يبقى على الرق
ولكن يزول الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل وما ذهبنا اليه
لان العتق لا يتجزى وكذا الاعتاق ايضا لانه اثبات العتق فيلزم منه العتق تجزي
اللازم يستلزم عدم تجزي الملزوم وتفصيله ان الاعتاق اثبات العتق الذي
هو قوة حكمية صالحة للولايات يظهر اثرها في المحل لكونه صالحا للولايات كالقضاء
والشهادة والقوة لا تثبت في المحل الا بزوال ضدها عنه وهو الضعف الحكمي الذي
هو الرق وهما لا يتجزيان سواء اضيف الى البعض او الكل كالطلاق والعفو عن
القصاص والاستيلاد وما ذهب اليه ابو حنيفة دقيق وهو طريق ان الاعتاق
اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف والثاني
ان الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فكذا ازالته الذي هو الاعتاق وانما قلنا
انه اثبات العتق بازالة الملك ولم نقل انه اثبات العتق بازالة الرق كما ذهبنا
اليه لان الاعتاق تصرف والتصرف للانسان انما يصح فيما هو داخل تحت ولايته
واثبات العتق بالمعنى الذي ذكر ليس بداخل في ولاية العبد بل ذلك لله تعالى سبحانه
وكذا الرق غير داخل في ولايته لان الرق انما هو حق لله تعالى لان الكفار لما استنكفوا
عن عبادة الله تعالى جعلهم الله عبيدا لعبيده جزاء فكان سبب رقهم كفرهم او كفر
اصولهم او هو حق لعامة المسلمين لانتفاعهم واقامة مصالحهم وعلى التقديرين
لا يجوز للانسان ابطاله قصدا وابتداء لانه خلاف قاعدة الشرع لانه يمنع
الانسان عن ابطال حق الغير قصدا وابتداء واما اذا ابطل حقه قصدا
ولزم منه ابطال حق الغير تبعا فانه غير ممنوع عنه الا يرى ان احد الشريكين
اذا اعتق نصيب الآخر من العبد المشترك قصدا وابتداء فانه لا يجوز
ولو اعتق نصيبه يعتق نصيب الآخر ايضا على اختلاف الاصلين
فالعبد لا يقدر على اثبات تلك القوة وازالة هذا الضعف الذي هو الرق
وانما للعبد ازالة ملكه فحسب وازالة الملك كالملك متجز فيكون الاعتاق
متجزيا هذا خلاصة ما ذكره بعض الفضلاء وان اردت البلوغ الى اقصى
هذا المبحث فراجع الكتاب المسمى بالدرر والغرر لملا خسرو
واذا اعتق شريك احد الشريكين في العبد نصيبه فللآخر اي فللشريك الآخر
ان يعتق او يدبر او يكاتب او يستسعي والولاء لهما او يضمن المعتق لو
كان المعتق موسرا ويرجع به المعتق على العبد والولاء له وقالا ليس
للآخر الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق
على العبد لو ضمن والولاء له في الحالين وتفصيل هذا الاجمال لو اعتق احد
الشريكين نصيبه عتق فان كان قادرا على قيمة نصيب شريكه فاضلا عن ملبوسه و
قوت يومه وعياله فشريكه ان شاء اعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان
شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق وان كان معسرا فكذلك الا انه
لا يضمن وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار

من يتجزى الاعتاق

كما قالت الصوفية قدس سرهم من لم يعبد الله اختيارا يعبد الخلق اضطرارا كذا قاله الشيخ عبد الله العبزريني لمحرره

هذا احوال معتق البعض بعد ما علمت معتق الكل عند الفقهاء واما عند الصوفية الصفية فمعتق الكل من لا يكون تحت رق المخلوقات والكونين كما قال ان حسن في التمييز وهو كتاب مفيد في الاخلاق الحسنة التحقيق معتق ذاته عن رق غفلته وعن شهواته ومعتق البعض من يكون متخلصا عن الغفلات دون الشهوات اعتقنا الله تعالى من النار بحرمة الابرار والاخيار آمين آمين لمحرره

والكلام

والكلام في هذه الثلاثة في مواضع الضمان حال اليسار والدليل عليه ما روي
من احاديث تجزي عن النصرانية فلان يضمنه فاذا ضمنه فالمعتق ان شاء اعتق لانه ملكه
بالضمان وان شاء استسعى العبد لانه انتقل اليه ما كان لشريكه من الحقوق والولاء له
في ذلك كله لانه هو الذي اعتقه والثاني للساكت ولاية الاعتاق لما تقدم انه
على ملكه فلهان يعتق نصيبه بينه وبين شريكه فاذا اعتق كان ولاء نصيبه له
والثالث للساكت ان يستسعي العبد لحديث ابي هريرة رضي الله عنه وهو انه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا من مملوك فعليه ان يعتقه
ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه فاذا استسعى
فولاء نصيبه له ايضا لانه عتق على ملكه والرابع له ان يدبر او يكاتب لانه لما ثبت انه
ملكه باق فيه كان قابلا للتدبير والكتابة ولكن التدبير يمنع اعتاقه والكتابة
استسعاء منجم ويكون الولاء له ايضا او استسعى لما بينا والولاء له في الوجوه
كلها لانه عتق على ملكه وهذه الثلاثة تبتنى على تجزي الاعتاق فلما كان يتجزى
عنده تفرعت هذه الاحكام عليه ولما لم يتجز عندهما عتق كله فان كان موسرا
يتعين الضمان لانه اتلف عليه نصيبه وهو موسر ولا يرجع على العبد بما ضمن
وان كان معسرا تعذر ضمانه فيستسعي العبد لان ماليته محتبسة عنده
فله ان يستسعيه كغاصب الغاصب ونحوه ولا يرجع العبد بما يؤدي بالاجماع
بيننا لان منفعته حصلت للعبد بغير رضى المولى فكان ضامنا بعوض حصل
ولانه يستسعي بفك رقبته لا لقضاء دين على المعتق لانه معسر لم يلحقه شيء
والولاء له في الحالين ولما قوله عليه السلام من اعتق نصيبه من عبد مشترك
ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة ثم
انه يعتبر الاعسار واليسار يوم الاعتاق حتى لو اعتق وهو موسر ثم اعسر
لا يبطل التضمين وان كان معسرا فايسر لا يثبت له حق التضمين لانه حق يثبت
بنفس العتق فلا يتغير وان اختلفا في ذلك يحكم للحال ان لا يكون بين الخصومة
والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فالقول للمعتق لانه ينكر ولو اختلفا في قيمة
العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق
وان كان الاعتاق سابقا على الاختلاف فالقول له ايضا لانه منكر للزيادة
ولو اختلفا في القيمة ووقت الاعتاق يحكم بالعتق للحال وعلى هذا التفصيل
لو اختلف العبد والساكت في القيمة ولو مات العبد قبل ان يختار الساكت
شيئا ليس له الا التضمين لان العتق والسعاية فاتا بالموت فاذا ضمن رجع المعتق
على كسب العبد ان كان له كسب ولو كان المعتق معسرا فللساكت ان يرجع
في اكسابه ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فللورثة احد الخيارات
وان اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه ليس لهم الا الاجتماع على احدها ولو اعتق نصيبه وهو موسر وشريكه
عبد مأذون ان كان مديونا فله خيار التضمين او السعاية وان لم يكن مديونا
فالخيار الى المولى وان كان شريكه صبيا فان كان له ولي او وصي ان شاء
ضمن وان شاء استسعى وان لم يكن له ولي ينتظر بلوغه او ينصب له القاضي
من يختار له كل ذلك من الاختيار ثم اعلم ان المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال
قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وبعضهم لم يستثن الكفاف وهو المنزل
والخادم وثياب البدن وروى الحسن استثناءه ولو شهد كل منهما
اي من الشريكين باعتاق شريكه سعى العبد لهما في حظهما والولاء بينهما
كيف ما كانا اي سواء كانا موسرين او معسرين او احدهما موسرا والآخر معسرا

كلّه

ايضا

ابي حنيفة

لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فكان كالمكاتب في زعمه فيحرم عليه استرقاقه فيصدق كل منهما في حق نفسه فتعين السعاية لهما لان كلا منهما ان كان صادقا كان كالمكاتب لكون الاعتاق متجزيا عنده وان كان كاذبا يكون كسبه للمولى ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين احدهما التضمين والاخر السعاية لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الاخر هو السعاية والولاء لهما في الجميع لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي فيكون الولاء في حقهما على ما اتفقا عليه **وقالا يسعى للمعسرين** لان كلا منهما يدعي السعاية على الاخر فيصدق في حق نفسه لا للموسرين لان اليسار يمنع السعاية عندهما ولا ضمان على شريكه لانه ينكر سببه **ولو كان احدهما موسرا وكان الاخر معسرا يسعى للموسر منهما فقط** لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي عليه السعاية لانه يقول شريكي عتق وهو معسر ولي حق استسعاء العبد في قيمة نصيبي فلا يبرأ عن السعاية ولا يسعى للمعسر منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية لانه يقول شريكي عتق وهو موسر وحقي في الضمان فلا يكون له استسعاء العبد بعد ما ابرأه منها ولا يجب الضمان له على شريكه لجحوده **يقول** الفقير لنا فيه شبهة مختمرت في دقتها زمانا وهي ان السعاية على الموسر في هذه المسئلة عندهما بناء على اصلهما المقرر وهو ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ثم انحلت في اثناء المذاكرة بشرف املي **ووجه الاندفاع** ان المانع من السعاية يسار المعتق وفي هذه المسئلة ليس الموسر معتقا بل معترفا على زعمه بعتقه والولاء موقوف في جميع الاحوال اي في حال يسارهما واعسارهما ويسار احدهما واعسار الاخر حتى يتصادقا لان كلا منهما يحيله على صاحبه وينفي الولاء عن نفسه ويثبته لصاحبه لزعمه انه هو المعتق فيتوقف الى ان يتفقا على اعتاق احدهما **ولو علق احدهما** اي احد الشريكين **عتقه** اي عتق العبد المشترك له **بفعل غدا والشريك الاخر بعدمه** اي بعدم الفعل فيه اي في الغد كان يقول احد الشريكين ان دخل فلان هذه الدار فهو حر وقال الاخر ان لم يدخل فهو حر **فمضى الغد ولم يدر** الفعل وعدمه اي لم يدر انه دخل او لم يدخل **عتق نصفه ويسعى في نصفه لهما مطلقا** اي موسرين او معسرين او مختلفين عند ابي حنيفة لان نصف السعاية ساقط بيقين فكل واحد من الشريكين يقول لصاحبه ان النصف الباقي هو نصيبي والساقط نصيبك فيتنصف بينهما ولا فرق فيه بين ان يكونا موسرين او معسرين او كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد **وعندهما ان كانا موسرين فلا سعاية** لان كل واحد منهما ابرأه عن السعاية ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية **وان كانا معسرين ففي نصفه** اي يسعى العبد في نصفه **عند ابي يوسف** كما هو كذلك عند ابي حنيفة **ويسعى في كله عند محمد** لان المقضي عليه بسقوط السعاية نصف هو الذي تحقق شرطه والشرط مجهول هنا فلا يمكن القضاء على المجهول فيسعى في كله لهما **وان كانا مختلفين** يعني ان كان احدهما معسرا والاخر موسرا **يسعى للموسر فقط في ربعه** عند ابي يوسف لان المعسر تبرأ من السعاية ويقول شريكي عتق وهو موسر ولي تضمينه فسقط حصته منه وهي الربع والموسر يدعي السعاية لانه يقول شريكي معسر ولي حق الاستسعاء فيسعى له في حصته وهي الربع ايضا **ويسعى للموسر في نصفه عند محمد** لان المعسر تبرأ عن السعاية وادعى الضمان على شريكه لعله اثباته بالحجة والموسر يدعي السعاية على العبد

ولو حلف كل من الشريكين **بعتق عبده** يعني انه كان لكل واحد من الرجلين عبد على حدة فقال احدهما ان دخل فلان الدار غدا فعبدي حر وقال الاخر ان لم يدخل فلان الدار فعبدي حر والمسئلة بحالها اي مضى الغد ولم يدر انه دخل الدار او لم يدخل **لا يعتق واحد من العبدين** لان المقضي عليه وهو المولى مجهول وكذا المقضي له وهو العبد مجهول ايضا فلم يمكن القضاء لتفاحش الجهالة بخلاف العبد الواحد المشترك بين اثنين فان المقضي عليه فيها وان كان مجهولا لكن المقضي له معلوم والمقضي به وهو عتق نصف العبد معلوم لان احدهما حانث لا محالة فغلب المعلوم المجهول **ومن ملك ابنه مع اخر بشراء او هبة او صدقة او وصية عتق حظه** لانه ملك شقص ابنه وملكه اعتاق لما روينا من قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه **ولا يضمن الاب ولشريكه ان يعتق او يستسعى** سواء علم الشريك انه ابنه او لا لانه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا وفي ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شرى القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا ولا يختلف الجواب بين العلم بانه ابنه وعدم العلم في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الامر بانه ملكه بل اعتمد على ظنه انه ليس له فلا يضمن الاكل للآمر لان الحكم يدار على السبب وهو الاذن **يقول** الفقير ولو وصل قوله سواء علم الشريك او لا بقوله ولا يضمن عند قوله ولشريكه ان يعتق او يستسعى بعده لكان انسب وكان موافقا لما ذكره غيره فتتبع **ولا يضمن الاب ان كان موسرا** لانه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان ملك القريب اعتاق كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وهذا عندهما **اي اعتبار الاب** يسعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه لان على اصلهما الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار **وكذا الحكم والخلاف لو علق عتق عبد بشراء بعضه ثم اشتراه مع اخر** يعني لو حلف وقال لعبد الغير ان ملكت شقصا منك فانت حر ثم اشتراه مع اخر لا يضمن لشريكه شيئا وان كان موسرا عند ابي حنيفة **وقالا يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا** سعى العبد في نصف قيمته **او اشترى نصف ابنه ممن يملك كله فلا يضمن له الاب عند ابي حنيفة وان كان موسرا** خلافا لهما والوجه من الجانبين ما بينا **ولو اشترى الاجنبي نصفه اي نصف الابن ثم اشترى الاب باقيه موسرا ضمن** الشريك الاجنبي **الاب** لانه ما رضي بافساد نصيبه **او استسعى الابن في نصف قيمته** لاحتباس مالية عنده وهذا عند ابي حنيفة لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده **وقالا يضمن فقط** لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **ولو ملكاه بالارث فلا ضمان اجماعا** صورته رجل اشترى في دار الحرب جارية وابنها ثم جاءت المأسورة بولد ثم ادعى المولى ولدها ثم مات المولى وترك هذا الابن وابنا اخر من غير هذه الجارية صار الغلام المأسور ميراثا لهما ولا ضمان لاخيه عليه فان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد لان الارث ضروري لا اختياري للاخ في ثبوته كذا في الغاية **وقيل** صورته امرأة ماتت ولها عبد هو ابن زوجها فتركت الزوج والاخ فورث الاب نصف ابنه فعتق عليه لا يضمن حصة اخيها انتهى فاكتفى في الدرر **يقول** الفقير هذه الصورة انسب مما سبق من الصور وبقوله ولو ملكاه لان ضمير التثنية عبارة عن الاب والاجنبي **تدبر وذكر في الغاية صورتان اخريان ان شئت فراجعه عبد لموسرين دبره احدهم واعتقه اخر وسكت اخر ضمن الساكت مدبره والمدبر معتقه ثلثه مدبرا لا ما ضمن** يعني اذا كان بين ثلاثة نفر دبره احدهم ثم اعتقه الاخر وهما موسران والثالث سكت فاراد الساكت والمدبر الضمان فللساكت ان يضمن المدبر دون المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمنه لو كان قيمة العبد اذا كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما فات بالتدبير ثلث منه تسعة وكان للاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر هي ثمانية عشر وثلثها ستة فيضمن المعتق ثلث الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع ثلث الستة التي يضمنه اياها هذا عند ابي حنيفة

والولاء ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لانه صار ثلث العبد حرا وثلثاه مدبر فيكون ولاء
للعتق والتدبير اثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق وقالا ضمن مدبره لشريكيه ولو معسرا
يعني يكون العبد الذي بتة اولدة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا
ان التدبير يتجزى عند ابي ح خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة منه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر
على نصيبه وقد فسد بالتدبير نصيب الاخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن
او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق
الانتفاع به بيعا فاسدا وهبة فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره
فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق فله ان يضمن المعتق او المدبر يعني
العتق على ما ذكرناه آنفا واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب
شريكه لما بينا فيضمنه شريكاه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد
بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله له اي للمدبر وهنا ثلثا قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا لان
المنافع ثلاثة انواع البيع واشباهه والاستخدام والاعتاق وتوابعه وبالتدبير فات البيع
واشباهه قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه اختلفوا في قيمة المدبر قال بعضهم قيمة العبد
قيمته لو كان قنا وقال بعضهم قيمة المدبر ثلثا قيمته لو كان قنا وقال بعضهم ينظر بكم يستخدم
مدة عمره فيجعل قيمته ذلك وقال الفقيه ابو الليث قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا
وهكذا ذكر الشيخ الامام المعروف بخواهرزاده لان للعبد منفعتين منفعة البيع وما شاكله
من التمليك والامهار ونحو ذلك والثانية منفعة الاجارة والاستخدام وبالتدبير يفوت
الاولى ويبقى الثانية فكانت قيمته نصف قيمته لو كان قنا ولو كان التدبير معتبرا يقوم قنا
امتنع لو قال لشريكه هي ام ولدك وانكر الشريك ذلك تخدمه المنكر يوما وتوقف
اصلا تتوقف خدمتها من القائل يوما عند ابي ح وقالا للمنكر ان يستسعيها في حظه
ان شاء ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها لاحد لان المقر اقر على نفسه بالاستيلاد فاذا
اضافه الى شريكه ولم يصدقه ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كانه
استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع ولم يصدقه البايع
فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر باقراره صار
كالمستولدها ولا يكون للمنكر نصيب المقر لانه اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر
على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني
اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه باق فيه لاسلامها
مع اصراره على الكفر ولابي ح ان الخبر منقسم الى الكاذب وصادق قسمة حقيقية لا يجتمعان
ولا يرتفعان بناء على ان صدق الخبر وكذبه راجعان الى المطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما
ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كانت الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني
كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء
لانه تبرا عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان والام والتقوم
وعندهما لها القيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطئا واجارة واستخداما فتكون متقومة كالمدبرة ولهذا
لو قال كل مملوك لي كذا تدخل ام الولد واستباحة الوطي دليل الملك لانه لا يحل الا بالنكاح او بملك اليمين
والاول منتف والثاني متعين وبقاء الملك دليل بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية في الادمي
ليست غير المالية والتقوم ووجه الحرية لا ينافي التقوم كالمدبر ولابي ح قوله عليه السلام
اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني ومقتضى الحرية زوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة
الحرية لمعارض وهو قوله عليه السلام ايما امة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه وفي رواية
رواه احمد ولا معارض له في زوال التقوم فيثبت فلا يضمن موسر اعتق نصيبه منها يعني اذا كانت
امة بين رجلين فولدت ولدا فادعياه فصارت ام ولد لهما فاعتقها احدهما وهو موسر
لا يضمن حصة شريكه عند ابي ح بناء على عدم تقومها وعندهما هي متقومة لما بينا
فيضمن حصة شريكه منها في الصورة المذكورة بناء على تقومها

باب العتق المبهم

باب العتق المبهم

لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق احد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين
له ثلثة اعبد قال لاثنين عنده احدكما حر فخرج واحد ودخل اخر فاعاد القول
يعني قال احدكما حر ثانيا فان كان حيا امر بالبيان ثم ان مات من غير بيان ان مراده ايهم عتق
ثلثة ارباع الثابت ونصف الخارج وكذا يعتق من الداخل نصفه لان نصف الثابت
عتق بالايجاب الاول فان كان المراد بالايجاب الثاني الثابت عتق منه النصف الثاني
وان كان الداخل لا يعتق منه شيء فالنصف الباقي لما عتق في حال ولم يعتق في حال
ينصف فحصل للثابت من الايجاب الثاني ربع فعتق ثلاثة ارباعه وقال محمد ربعه
اي ربع الداخل لان المراد بالايجاب الاول ان كان الخارج يصح الايجاب الثاني
لكونه دائرا بين عبديه وان كان الثابت لا يصح الايجاب الثاني لكونه دائرا بين حر
وعبد فاذا تردد بين الصحة والفساد واوجب عتق الربع من الثابت اوجب عتق الربع
من الداخل ايضا لتنصيفه بينهما وهما يقولان المانع من عتق النصف يختص بالثابت
ولا مانع في الداخل فيعتق نصفه وكلام صدر الشريعة وقع هنا بحيث يتحير به
الاذكياء حتى كتب بعضهم في تحقيقه رسائل لكن خلاصة المعنى ما ذكرناه
ولهذا اعرضنا عنه ولو كان هذا في مرضه الذي توفي فيه ومات قبل البيان
ولم يكن له مال سوى العبيد ولم يجز الوارث جعل كل عبد سبعة كسهام العتق
وعتق من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى في اربعة وعتق من كل من الاخرين اثنان
ويسعى كل منهما في اربعة اسهم بيانه ان حق الخارج في النصف وحق الثابت
في ثلاثة الارباع وحق الداخل عندهما في النصف ايضا فيحتاج الى مخرج له نصف
وربع واقله اربعة فحق الخارج في سهمين وحق الثابت في ثلثة وحق الداخل في سهمين
فبلغت سهام العتق سبعة فيجعل ثلث المال سبعة لان العتق في المرض وصية
ومحل نفاذها الثلث واذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا المال اربعة عشر
وهي سهام السعاية وصار جميع المال احدا وعشرين وماله ثلاثة اعبد فيصير
كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة ويعتق من الداخل سهمان
ويسعى في خمسة ويعتق من الثابت ثلثة ويسعى في اربعة فبلغت سهام الوصايا
سبعة وسهام السعاية اربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد
يجعل كل عبد ستة كسهام العتق عنده ويعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة و
من الخارج اثنان ويسعى في اربعة ومن الداخل واحد ويسعى في خمسة يعني عنده
حق الداخل في سهم فكان سهام العتق عنده ستة ويجعل كل رقبة ستة وسهام السعاية
اثنى عشر وجميع المال ثمانية عشر فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة ومن الخارج
سهمان ويسعى في اربعة ومن الداخل سهم ويسعى في خمسة ولو طلق كذلك
قبل الدخول ومات بلا بيان يعني اذا كان له ثلاث زوجات مهرهن على السواء
فطلقهن قبل الوطي على الوجه المذكور ومات بلا بيان سقط ثلاثة اثمان مهر
الثابتة وربع مهر المرأة الخارجة وثمن مهر المرأة الداخلة بالاتفاق لان بالايجاب
الاول سقط نصف مهر الواحدة منتصفا بين الخارجة والثابتة فسقط ربع
مهر كل واحدة منهما ثم بالايجاب الثاني سقط الربع منتصفا بين الثابتة والداخلة
لان الايجاب الثاني متردد لانه ان اراد بالايجاب الاول الثابتة لا يصح الايجاب
الثاني وان اراد الخارجة صح الايجاب الثاني فيتنصف النصف فيسقط به الربع
ويكون ذلك بين الثابتة والداخلة فيصيب كل واحدة منهما الثمن فيسقط ثلاثة
اثمان مهر الثابتة بالايجابين ويسقط ثمن مهر المرأة الداخلة ويسقط ربع مهر الخارجة

وانما فرضت المسئلة في الطلاق قبل الدخول ليكون الايجاب الاول موجبا للبينونة
فاصابة الايجاب الاول لا يبقى محلا للايجاب الثاني فيصير في هذا المعنى كالعتق
هو اي كونه بالاتفاق المختار قال صاحب الهداية قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما
سقط ربعه وقيل هو قولهما ايض وقد ذكرنا الفرق في الزيادات انتهى ورجح الهمام
كونه بالاتفاق فلهذا قال هو المختار قال صاحب الكافي هذه المسئلة مذكورة في الزيادات
وهو قول محمد واما عندهما فيسقط نصف الداخلة ربعه وقيل قولهما ايض والفرق واضح
على اصل ابي حنيفة لان الاعتاق عنده يتجزى فكان الرق ثابتا في الثابتة فصح الايجاب الثاني
من كل وجه واما الطلاق فلا يتجزى فاذا اصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة
فكان جامعا بين مطلقة وغير مطلقة فانكما احديكما طالق فلا يصح انشاء لوقوعه اخبارا
فلم يصح الايجاب الثاني بكل حال والفرق لابي يوسف انه يوجد شخص متردد الحال
الحرية والرق فيكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب والثابتة بهذه المثابة لتردد
حالها بين الرق والرق فيكون محلا للايجاب الثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا
الوجه بكل حال واما في الطلاق فلا يوجد شخص متردد الحال بين ان يكون مطلقة ومنكوحة
ثم يصح ايقاع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه فقلنا انه
سقط به نصف المهر وان لم يصح لم يسقط به شيء فيسقط ربع المهر ثم يتردد هذا
الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع وهو الثمن انتهى
والبيع بيان في العتق المبهم يعني اذا قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما يكون بيانا منه
بان المعتق هو الاخر لان العبد الذي بيع لم يبق محلا للعتق وكذا العرض على البيع
يعني اذا قال لعبديه احدكما حر ثم عرض احدهما على البيع يكون المعتق هو الاخر لان العرض
على البيع كالبيع لان مثل هذا التصرف لا يصح الا في المملوك فصار الاقدام عليه بيانا منه
ان هذا المحل مملوك وعن غير محله فبقي الاخر للعتق وكذا الموت والتحرير والتدبير
والاستيلاد والهبة والصدقة مسلمين يعني اذا قال احدكما حر فمات احدهما
او حرره او دبره او استولده احد امتيه بعد ذلك القول او وهب احدهما او
او تصدق به وسلم يكون بيانا منه ان المعتق هو الاخر لان من حصل هذه الاشياء
لم يبق محلا للعتق قال صاحب الهداية ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض
او بدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين
لاطلاق جواب الكتاب انتهى في الجامع الصغير فان محمدا قال فيه باع احدهما ولم
يبين والمعنى انه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين للاخر
وفي هذا المعنى يشترك العرض على البيع مع البيع لان مقصوده من عرضه على البيع
الوصول الى الثمن ايض والعتق ينافيه وقوله مسلمين ظ هو احتراز عما اذا وهب احدهما
او تصدق به لكن لم يسلم بعد فانه لا يكون بيانا بان المعتق هو الاخر لكن قال
صاحب غاية البيان في قول صاحب الهداية والهبة والتسليم والصدقة والتسليم
بمنزلة البيع ولنا فيه نظر لانه لم يشترط التسليم في البيع الفاسد مع ان الملك فيه لا يثبت
الا بعد القبض وهنا اشترط التسليم والحق عندنا انه لا يشترط التسليم في الفصلين جميعا
لوجود تصرف يختص بالملك ولهذا اطلق الحاكم الشهيد الهبة والصدقة جميعا ووقع
في بعض شروح الهداية ان التسليم ليس بشرط فيهما اذ الهبة والتصدق بدون التسليم لا يكون
ادنى حالا من العرض على البيع وقال صاحب العناية قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا
لان محمدا ذكر في الاملاء انه اذا وهب احدهما واقبضه او تصدق واقبض عتق الاخر
وقال مولانا سعدي افندي يعني انما ذكره تبعا لمحمد لا لانه شرط انتهى
يقول الفقير ذكره صاحب الهداية تبعا لمحمد لكن بقي ان محمدا لم ذكره مع عدم كونه شرطا وكون
المسلمين كيف فسر قوله تاكيدا بقوله تبعا مع عدم المناسبة بينهما تدبر

والولد

والوطي ليس ببيان في العتق المبهم يعني لو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما
لم يكن بيانا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الوطي لا يحل الا في الملك فصار بالاقدام عليه دليل الاستبقاء
ولابي حنيفة ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان له ان يستخدمهما ولو قتلهما الاجنبي كان الارش له والمهر
اذا وطئتا بشبهة والحال ان الايقاع في المنكرة والوطي في المعينة فكان وطيها حلالا
ولا يجعل بيانا لان الوطي في الامة لا يدل على استبقاء الملك بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي
في وطي المنكوحة الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد
واما الامة فوطيها استخدام لان المقصود منها الشهوة دون الولد فلا يدل على استبقاء الملك
ثم اعلم ان الخلاف فيما اذا وطي احديهما ولم تعلق منه واما اذا علقت فكل منهما بيان ان المراد هي الاخرى اما الوطي
فلان النكاح عقد موضوع لحل الوطي ولم تعلق به منه واما اذا علقت كان بيانا اتفاقا
لانها صارت ام ولده فلا يصح ان يبقى العتق منجلا فلما صح كونها ام ولد انتفى العتق المبهم عنها ضرورة
وفي الطلاق المبهم هو الوطي والموت بيان يعني اذا قال لامرأتيه احديكما طالق فوطي
احديهما او ماتت فكل منهما بيان ان المراد هي الاخرى اما الوطي فلان النكاح عقد موضوع
لحل الوطي والطلاق وضع لازالة ملك النكاح ان ازالة حل الوطي اما في الحال او بعد
انقضاء العدة فالوطي دليل على ان الموطوءة لم تكن مرادة بالطلاق واما الموت فلما فيه من
البيان انشاء من وجه فلا بد له من محل وبالموت لم يبق محلا للطلاق وان قال لامته اول
ولد تلدينه ذكرا فانت حرة فولدت ذكرا وانثى ولم يدر اولهما فالذكر رقيق ويعتق نصف
كل من الام والانثى لان كل واحد منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة
الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها ورق في حال وهو ما اذا ولدت
الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحد ويسعى في النصف واما الابن
فرق في الحالين اما اذا ولدت الجارية اولا فظ واما اذا ولدت الغلام اولا فلان ولادته
شرط العتق والحكم يعقب الشرط قال صاحب العناية وقال شمس الائمة السرخسي في
المبسوط وذكر محمد في الكيسانيات ان هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل
بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بانه ما يعلم انها ولدت الغلام
اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقاء واما جواب صاحب الهداية
ففي فصل اخر وهو ما اذا قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان
جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدري ايهما اول فالغلام رقيق والجارية حرة ويعتق
نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا
فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام اذن تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام
عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره
في الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان ولادة
واحد الغلام فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار
غدا فانت حر فمضى الغد ولم يدر انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق
وكذلك هنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا
كان الشرط في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجبا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال
كما في مسئلة الكيسانيات انتهى ما ذكره صاحب العناية يقول الفقير والعجب ان
المتون كلها وقعت على نسق واحد على وفاق ما في الهداية ولم يتفطن احدهم بما ذكر في
الكيسانيات وما رجحه صاحب النهاية قال صاحب الكافي بعد ما رتب
المسئلة على وفاق ما في الهداية والمتون هذه المسئلة على وجوه احدها ان يوجد
التصادق بعدم العلم بالمولود اولا فالجواب ما ذكرنا اي يعتق نصف الام ونصف البنت
والغلام عبد بكل حال لانه عتق بولادته او تأخر لان ولادته شرط العتق والحكم يعقب الشرط

رجل عبارة النقول

والثاني ان تدعي الام ان الغلام اول وانكر المولى ذلك وقال البنت هي الاول
والبنت صغيرة فالقول للمولى مع يمينه لانه منكر لشرط العتق والحلف على علمه لانه تحليف
على فعل الغير فان حلف لم يعتق واحد منهما الا ان يقيم الام البينة بعد ذلك على انها ولدت
الغلام اولا وان نكل عتقت الام والبنت لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها
نفع محض ولها عليها ولاية لا سيما اذا لم يعرف لها اب فاعتبر النكول في حق حريتهما
فعتقتا بخلاف ما اذا كانت كبيرة لانقطاع الولاية بالكبر والثالث ان يوجد
التصادق باولية الغلام فتعتق الام والبنت دون الغلام لانه لا حظ له من العتق بحال
والرابع ان يوجد التصادق باولية البنت فلم يعتق احد والخامس ان تدعي
الام اولية الغلام ولم تدع البنت شيئا وهي كبيرة فان المولى يحلف
فان حلف لم يثبت شيء وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة
ضرورية والضرورة فيما وجدت فيه الدعوى فكانت حجة فيما وجدت فيه الدعوى
فقط والدعوى وجدت من الام خاصة فلم يظهر في حق البنت والسادس
ان تدعي البنت وهي كبيرة اولية الغلام دون الام فتعتق البنت دون الام
لما قلنا انتهى ووقع في الهداية مثل هذا التفصيل لكنه ليس كالتفصيل الذي ذكر
في الكافي فلهذا نقلنا منه ولا تشترط الدعوى لصحة الشهادة على الطلاق لانها
تتضمن تحريم الفرج وحرمة الفرج حق الله تعالى والدعوى ليست بشرط في حقوق الله
ولا تشترط ايضا في عتق الامة معينة لانها ايضا تتضمن تحريم الفرج فيكون من
حقوق الله تعالى وفي عتق العبد سواء كان معينا او غير معين وفي غير المعينة
اي غير الامة المعينة تشترط الدعوى لصحة الشهادة عند الامام خلافا لهما
فلو شهدا بعتق احد عبديه او امتيه لا تقبل الا في وصية وعندهما تقبل مطلقا
وان شهدا بطلاق احدى نسائه قبلت اتفاقا اعلم ان خلاصة ما في
الشروح هنا ان الشهادة على عتق العبد سواء كان معينا او غير معين لا تقبل
من غير دعواه عند ابي ح وعندهما تقبل لان المشهود به حق الشرع وعدم الدعوى
لا يمنع قبول الشهادة لان المشهود به العتق وهو حق الشرع الا يرى
انه لا يحتاج الى قبول العبد ولا يرتد برده وله ان المشهود به حق العبد لانه
يثبت به قوة حكمية لنفسه والقوة الحقيقية حقه فكذا القوة الحكمية ولانه يصير
مالكا لنفسه واكسابه وما هو الا كساب حق الله فلو شهدا على رجل
انه اعتق احد عبديه بطلت الشهادة عند ابي ح الا ان يكون في وصية استحسانا
كما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته فتقبل الشهادة عنده ايضا
استحسانا فوجه الاستحسان ان العتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي
لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا فلهذا تقبل في غير دعوى العبد
وان شهدا على عتق الامة المعينة او طلاق المنكوحة معينة او غير معينة تقبل من غير
دعوى بالاتفاق لما بينا آنفا انها تضمنت تحريم الفرج وحرمة الفرج حق الله تعالى
والدعوى ليس بشرط في حقوق الله تعالى وان شهدا على رجل انه اعتق احدى امتيه لا
تقبل عند الامام وان لم يكن الدعوى شرطا في حقوق الله تعالى لانه انما لا تشترط الدعوى
في الشهادة على عتق امة بعينها لما فيه من تحريم الفرج فشابه الطلاق لكن العتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده لانه يملك وطئهما عنده على ما مر فصارت كالشهادة
على عتق احد العبدين وعندهما تقبل واعترض بان عتق العبد المعين يتضمن
تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله تعالى فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى
والجواب ان لازم عتقها اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم يتفق
الشارع عليها فضلا من ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ كذا في العناية هـ

باب الحلف بالعتق

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء الشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية اخر التعليق
عن التنجيز ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ حر يعتق بدخوله الدار
من في ملكه عند الدخول سواء كان في ملكه وقت الحلف او تجدد بعده لان قوله يومئذ
تقديره يوم اذ دخلت لانه اسقط الفعل وعوض عنه التنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول
واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق ما اشتراه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف
العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه
ثم دخل الدار فانه لا يعتق فكذلك هنا واجيب بانه وجد الاضافة الى الملك دلالة
لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف
تلك المسئلة لانه لم يوجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة كذا في العناية ولو لم يقل
يومئذ لا يعتق الا من كان في ملكه وقت الحلف لا من تجدد بعده لان قوله
كل مملوك لي للحال لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون لمملوك له في الحال
اذ لو لم يكن مملوكا له في الحال كان هو وغيره سواء ولما كان قوله كل مملوك لي للحال وكان الجزاء
حرية المملوك في الحال لانه لم يدخل الشرط على الجزاء وهو العتق تأخر الى وجود الشرط
فيعتق ما في ملكه حين حلف اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه
بعد اليمين لعدم الاضافة الى الملك او سببه صريحا ولا دلالة وكذا لو قال
كل مملوك لي حر بعد غد وله مملوك اشترى آخر بعد الحلف ثم جاء بعد غد عتق
الذي في ملكه يوم حلفه لا الذي اشتراه بعده لانه قد تقرر ان قوله كل مملوك لي للحال
فلا يتناول ما ملكه بعد الحلف وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله مملوك ولانه
والمملوك لا يتناول الحمل لانه اسم لمملوك مطلق والجنين مملوك تبعا للام ولانه عضو من
وجه والمملوك يتناول الانفس لا الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا فلو قال كل مملوك لي
ذكر حر وله امة حامل فولدت ذكرا لاقل من نصف حول منذ حلف لا يعتق تفريع على عدم
تناوله الحمل وقوله لاقل من نصف الحول انما اتى به لكون وجود الحمل وقت الحلف متيقنا لا
لانه لو ولدت لنصف حول وما فوقه عتق لانه لا يعتق على ذلك التقدير ايضا ولو قال كل
مملوك لي حر ولم يقل ذكر عتق الحمل تبعا للام لان لفظ المملوك يتناول الذكور والاناث
حتى العبيد والامهات لا الاعضاء لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء
فعتق الام لدخولها تحت قوله كل مملوك ويعتق الحمل تبعا لها لا لتناول المملوك الحمل
يقول الفقير ينبغي انهم لم يتعرضوا في هذه الصورة صريحا ببيان المدة والقياس يقتضي ان
يعتق الحمل تبعا للام اذا ولدت لاقل من نصف حول لوجود الحمل وقت الحلف بيقين
بخلاف ما اذا ولدت لنصف حول او اكثر فانه لا يتيقن بوجود الحمل وقت الحلف على
ذلك التقدير وقد تقدم ان قوله كل مملوك لي للحال والفاضل مولانا الشهير بقره باغي
اشار الى ما ذكرنا في تعليقاته على صدر الشريعة سدده ولو قال كل مملوك لي حر بعد
موتي جعل من في ملكه عند الحلف مدبرا مطلقا لا من ملكه بعده فانه لا يكون مدبرا مطلقا بل مدبرا مقيدا
فجاز له ان يبيعه لكن يعتق الجميع من الثلث عند موته كما هو حكم المدبر المقيد على ما سيأتي في بابه
اعلم انه لما اضاف العتق الى الموت فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول المملوك في الحال فيصير مدبرا
للتعليق بالموت فلا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء بعد الموت يصير وصية فيتناول ما يملكه
بعد هذا القول لان المعتبر في الوصايا الملك حالة الموت ولا يكون مدبرا لانه لم يوجد
فيجوز بيعه لكن اذا مات يعتق من الثلث كالمدبر المطلق لان حكم المدبر المقيد جواز البيع
وعتقه من الثلث وقال ابو يوسف لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال
كما مر فلا يتناول من سيملكه ولهذا صار من كان في ملكه وقت اليمين مدبرا دون الاخر

الدخول

للحال

ان شاء الله تعالى

الايجاب

باب العتق على جعل

الجعل بضم الجيم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعله وكذلك الجعالة بكسر الجيم انما اخر هذا الباب
لكون المال غير اصيل في باب العتق لعدم توقف مطلق العتق على مال فناسب ذكره آخرا
ومن اعتق عبده على مال او باعه نفسه به كما مثل ان يقول انت حر على الف درهم او على ان لي عليك الفا
او على الف تؤديه او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق بمجرد
قبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت
الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد او اعرض عن المجلس بالقيام
او بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل والمال دين عليه يصح الكفالة به لانه دين صحيح
لكونه دينا على حر بخلاف بدل الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي وهو قيام الرق
فكان ثبوته على خلاف القياس اذ القياس يأبى ان يستوجب المولى الدين على عبده
فيما ثبت على خلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى
اقتصر على موضع ... ولم يتعد الى الكفالة وبه ظهر الفرق بينه وبين الكتابة لان المكاتب
ليس بحر ما دام عليه فليس ... بدل الكتابة ويؤيده ان المكاتب يرد الى الرق بالعجز
دون المعتق على مال لانه حر مديون وان قال ان اديت الي الفا فانت حر او اذا اديت
صار مأذونا لا مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وانما صار مأذونا لان المولى
رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة لا التكدي لان طريق الاداء الاكتساب
بالتجارة غالبا فكان اذنا له دلالة واذا كان مأذونا معلقا عتقه بالاداء لا مكاتبا جاز
للمولى ان يبيعه قبل اداء المال بخلاف المكاتب ويعتق ان ادى في المجلس وخلى
بين المولى وبين المال في المجلس في التعليق بان لان ان لمجرد التعليق وليس له
اثر فيتقيد بالمجلس واما عتقه بالتخلية فمذهبنا وقال زفر لا يعتق الا بالاداء اليه
لانه الشرط فلا يعتق قبله ولنا ان هذا تعليق لفظا ومعاوضة مقصودا لان الالف يصح ان [يكون]
عوضا عن العتق حتى لو نص على المعاوضة يصير عوضا فينعقد معاوضة بين الالف والعتق
تحصيلا للمقصود فباعتبار المعاوضة ينزل المولى قابضا بالتخلية للبدل حتى وصل اليه لئلا يتضرر العبد
وقد رضي المولى بنزول العتق عند وصول الالف اليه وبالتخلية قد وصل اليه فجعلناه تعليقا
ابتداء عملا باللفظ دفعا للضرر عن المولى لئلا يخرج من ملكه قبل الاداء ومعاوضة عند الاداء
دفعا للضرر عن العبد حتى يعتق بالاداء والتخلية على ما بينا ويعتق متى ادى في
... التعليق باذا كي لا يتقيد بالمجلس لان اذا يستعمل للوقت كمتى على ما سبق في باب
الطلاق ويجبر المولى على القبض يعني ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه
وخلى بينه وبين المال اجبره الحاكم ونزله قابضا وحكم بعتق العبد ... ولا كذا في ...
وقال صاحب العناية والمراد بالاجبار تنزيل الحاكم المولى قابضا والحكم بعتق العبد ...
وليس المراد من الاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب والحبس انتهى
وان ادى العبد البعض يجبر على القبض ايضا اعتبارا للبعض بالكل الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل
لعدم وجود المعلق به كما لو حط عنه البعض فادى الباقي يعني اذا حط المولى بعض الالف فيما
اذا قال ان اديت الي الف درهم فانت حر ثم ادى العبد باقي الالف لا يعتق لعدم وجود الشرط
وهو اداء الالف واذا حط الجميع لم يعتق ايضا لانتفاء الشرط بخلاف الكتابة فان المال ...
واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابرأه عن الكل او البعض قال صاحب غاية البيان
ولو ادى الدنانير مكان الدراهم لا يعتق ايضا ثم ان ادى الفا كسبه قبل التعليق رجع المولى عليه
بمثلها ويعتق يعني ان المولى يرجع على العبد بالف اخرى مثلها لان الالف ... الاولى
لان العبد وما في يده لمولاه لان المولى ما رضي بخروجه عن ملكه الا بالف يحصل له بالاكتساب ...
لكنه عتق باداء الالف المكتسبة قبل التعليق لوجود الشرط العتق وهو مطلق الالف كما لو
غصب الفا من انسان فادى فعتق ثم يرجع المغصوب منه عليه وكذا ان ادى الفا كسبه بعده اي بعد التعليق
لا يرجع عليه بشيء لكونه مأذونا من جهته في الاكتساب لكنه يأخذ الباقي لان مال المأذون في التجارة للمولى

ولو قال

ولو قال انت حر بعد موتي بالف فان قبل بعد موته واعتقه الوارث عتق بالالف والا اي
وان لم يقبل العبد العتق بالالف بعده او قبل ولم يعتقه الوارث فلا اي لا يعتق بالالف وان
جاز ان يعتقه الوارث مجانا اعتبر القبول بعد الموت لان ايجاب العتق اضيف الى ما بعد
الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله انت طالق غدا ان شئت حيث
لا يعتبر مشيئتها قبل الغد واعتبر اعتاق الوارث حتى ان العبد ان قبل بعد الموت لا يعتق ما لم يعتقه
الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق لان العتق ليس بمعلق بالموت فبقي ملكه لا يعتق
الا باعتاق الوارث كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق
بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق احد ولو حرره على ان يخدمه سنة فقبل العبد خدمته سنة
عتق وعليه ان يخدمه تلك المدة لان الاعتاق على شيء يقتضي وجود القبول لا وجود المقبول كسائر العقود
وصورته ان يقول اعتقتك على ان تخدمني سنة واما اذا قال ان خدمتني كذا مدة حيث لا يعتق
حتى يخدمه تلك المدة لانه معلق بشرط ولا قول بمعاوضة فان مات المولى قبلها اي قبل الخدمة
لزمه اي العبد قيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يلزمه قيمة خدمته وكذا لو باع
المولى العبد من نفسه بعين فهلكت العين قبل القبض يلزمه قيمة نفسه عندهما وعند محمد
قيمة العين قالوا ان خلافية المسألة الاولى مبنية على خلافية هذه المسألة وصورتها
ان يقول للعبد بعت نفسك منك بهذه العين فهلكت العين قبل القبض يجب قيمة العبد عندهما
وقيمة العين عند محمد لانه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليس بمال في حقه حتى لا يملكه
فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فهلك فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل
ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد
العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض فان البائع يرجع بقيمة الاب لا بقيمة الامة
ووجه المشابهة انه كما يتعذر تسليم العين بالهلاك يتعذر الوصول الى الخدمة بموت المولى فصار نظيرها
ومن قال لآخر اعتق امتك بالف على ان تزوجنيها ففعل وابت ان تزوجه فلا شيء عليه اي على القائل
لكن عتقت الامة لان اشتراط البدل على الاجنبي جائز في الطلاق لا العتاق فان من قال لغيره
اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره
طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب على الآمر الف والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق
كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما
جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق
قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له
شيء اصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز كذا في العناية يقول
الفقير فيه بحث لانه يثبت بالطلاق للمرأة قوة ان يتزوج باخر لم يكن لها قبل ذلك كما يثبت للعبد بالعتاق
قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فلا يظهر الفرق اللهم الا ان يقال ان الطلاق من قبيل الاسقاطات و
الاعتاق من قبيل الاثبات فاعتبر كونه اسقاطا ولم يلتفت الى ثبوت القوة التي ذكرناها به تدبر
ولو ضم عني اي لو قال اعتق امتك عني بالف والمسألة بحالها قسم الالف على قيمتها اي قيمة الامة ومهر
مثلها ولزمه حصة القيمة وسقط ما يخص المهر لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف
في الاصول وانما كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم الالف
عليهما ووجب حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم وهو البضع حيث لم تتزوج
فلو فرضنا ان قيمتها الف ومهر مثلها خمسمائة فثلثا الالف حصة القيمة وثلثه حصة مهر مثلها
فوجب عليه اداء ثلثي الالف الى المولى وسقط عنه ثلث الالف ولو لم تأب وتزوجته اي الامر فحصة
المهر لها اي للامة في الوجهين اي في صورة ضم عني وتركه وحصة القيمة للمولى في الثاني اي في صورة الضم
وهدر في الاول وحصة القيمة هدر في صورة ترك الضم وخلاصته انه اذا قال اعتق امتك
على ان تزوجنيها ففعل ولم تأب قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب المهر يكون للامة
وما اصاب القيمة يكون هدرا لا يلزم على الآمر شيء واذا قال اعتق امتك عني بالف والمسألة بحالها
قسم الالف ايضا فما اصاب المهر يكون للامة وما اصاب القيمة يكون للمولى والوجه في الجميع ظ

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحياة للمناسبة والتدبير في اللغة هو النظر الى
وفي الشريعة ايجاب العتق الحاصل بعد الموت بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة
كقوله اذا مت فانت حر او انت حر بعد موتي او بعد موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك
او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا بالحرية كما في الكتابة والمدبر المطلق احتراز عن المقيد وهو
من قال لمولاه اذا مت فانت حر او انت حر بعد موتي او انت حر يوم اموت او مع موتي او عند موتي
او في موتي او انت مدبر او قد دبرتك او ان مت الى مائة سنة فانت حر وغلب موته فيها اي في مائة سنة
بان يكون ابن ثمانين سنة مثلا فانه في الصورة مقيد وفي المعنى مطلق لانه كائن لا محالة وهذا رواية
عن الحسن وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله لو ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائة سنة
وغلب موته فيها قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر مطلق لا يجوز
بيعه لانه يعلم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت حر كذا في العناية
او اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بثلث مالي اما لفظ التدبير فهو صريح فيه كلفظ
الاعتاق في العتق واما تعليق الحرية بالموت فلانه معنى التدبير واما قوله فلانها للقرار
والشروط لا بد من تقديمها فكانه قال لعبده ان دبر وانه تدبير وعند موتي تعليق العتق بالموت
فلا بد من وجوده اولا وعند موته لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل جعله شرطا وكذلك اذا ذكر
مكان الموت الوفاة او الهلاك لان المعنى واحد واما الوصية بالنفس ونحوها فلان العبد
لا يملك رقبة نفسه والوصية تقتضي زوال الملك الموصي وانتقاله الى الموصى له وانه في العبد حر
مثل قوله بعت نفسك منك او وهبتها لك واما الوصية بالثلث ونحوه فلانه يقتضي ملكه
ثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها ويعتق كذا في الاختيار فلا يجوز اخراجه عن ملكه الى
الا بالعتق وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه تعليق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في
التعليقات من دخول الدار ومجيء راس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان البيع والهبة جائز
ولان التدبير وصية حتى يعتبر من الثلث والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو
اوصى برقبته لانسان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر
من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ويجوز استخدامه وكتابته واجارته والامة
التي جعلت مدبرة توطأ وتزوج لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات
فانها كانت ثابتة قبل ان حصل استخدامه وكتابته واجارته والوطي والتزويج واذا مات
سيده اي سيد المدبر يعتق من ثلث ماله لما روينا آنفا من قوله وهو حر من الثلث ولان التدبير
وصية لانه تبرع مضاف الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك وكل وصية تنفذ من الثلث
وان لم يخرج العبد من الثلث فبحسابه يعني ثلث ماله فيعتق منه بقدره ويسعى في باقيه
وان لم يترك غيره اي غير المدبر من المال وله وارث ولم يجز الوارث يسعى في ثلثيه ولو لم يكن
وارث وكان له لكنه اجاز يعتق كله لانه في حكم الوصية فينفذ على بيت المال ويجوز باجازة
وان استغرق دين المولى يسعى في كل قيمته لانه لا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته
ولو دبر احد الشريكين وضمن نصف شريكه ثم مات عتق نصفه بالتدبير ويسعى في نصفه
نصفه على ملكه من غير تدبير عند الامام خلافا لهما فانهما يقولان يعتق جميعه بالتدبير لان تدبير
بعضه تدبير الجميع وهو فرع مسألة التجزي والمدبر المقيد من قال له ان مت من مرضي هذا
او سفري هذا او من مرض كذا او الى عشر سنين او الى مائة سنة واحتمل عدم موته فيها بان يكون
ابن خمس عشر سنة مثلا يجوز بيعه وهبته ورهنه لان الموت على تلك الصفة ليس كائنا لا محالة
فلم ينعقد سببا في الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقا كسائر
التعليقات فلا يمنع البيع ونحوه قبل وجود الشرط بخلاف المدبر المطلق لانه علق عتقه بمطلق
وهو كائن لا محالة وان وجد الشرط عتق عتق المدبر لان الصفة متعينة في آخر جزء من
اجزاء الحياة فاخذ حكم المدبر المطلق لوجود الاضافة الى الموت وزوال التردد

باب الاستيلاد

باب الاستيلاد

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل منهما حق الحرية لا
والاستيلاد طلب الولد وام الولد من الاسماء الغالبة وقد ثم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها
من لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب كلفظ الصغيرة فانه من الصفات الغالبة في الذهب
لا يثبت نسب ولد الامة من مولاها الا ان يدعيه لان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد
لوجود المانع منه وهو سقوط التقوم عنه ونقصان القيمة عندهما لانه اذا استولدها سقط منها
التقوم عنده وينتقص قيمتها عندهما فلا بد من الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا
واذا ثبت نسب ولد الامة من مولاها صارت الامة ام ولده لا يجوز اخراجها عن ملكه بطريق الا
لقوله عليه السلام لما ولدت مارية ابراهيم رض من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل الا تعتقها اعتقها
اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وحرمة البيع وغيره مما يوجب اخراجها عن ملكه لان الحديث
وان دل على تنجيز الحرية ولكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه
ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجيز
لا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا يرتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول
الاحاديث الدالة على عتقها من غير ظاهر وقد انضم اليها الاجماع فلا حق الا بالعتق فاذا
في حال حياته تعتق لان الملك فيها قائم وله اي المولى وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها وكتابتها
قد ذكر ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له ان يطاها ويستخدمها
ويوجرها ويزوجها ويكاتبها وتعتق ام الولد بعد موته من جميع ماله والاصل في ذلك ما روى محمد بن الحسن
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتق امهات الاولاد من جميع المال وعن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي
انه امر بعتق امهات الاولاد من جميع المال وان لا يسعين لقوله عليه السلام ولا يسعين في دين ويثبت نسب
ولدها بعد ذلك بلا دعوة لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا بها فصارت فراشا كالمعقودة وان
لان فراشها ضعيف النسب بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش واعلم
ان الفراش على ثلاثة ضعيف وهو فراش الامة لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة من سيدها ومتوسط
وهو فراش ام الولد لانه يثبت نسب ولدها الاول بدعوة حيث يثبت نسب ولدها الثاني بلا دعوة لكن
وقوي وهو فراش المنكوحة يثبت نسب ولدها المطلق بلا دعوة ولا ينتفي بنفيه بل يجب اللعان
ولو استولدها بنكاح فهي ام ولده يعني لو تزوج امة غيره فجاءت بولد منه ثم ملكها الزوج
وكذا تصير ام ولده لو استولدها بملك ثم استحقت بينة ثم ملكها لان نسب الولد ثابت
في الصورتين فيثبت له حرية الولد لانها تتبع بخلاف ما لو استولدها بزنا ثم ملكها حيث لا تصير ام ولده
لان نسب الولد غير ثابت منه ولو اسلمت ام ولد النصراني عرض عليه الاسلام فان اسلم فهي له وان ابى
سعت في قيمتها وهي كالمكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية
دين عليها لان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر
البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها
والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فلو قلنا بعتقها في الحال تتوانى عن
والاداء الى الذمي فيتضرر ولا ترى بعجزها لانها لو ردت قنة بعجزها اعيدت مكاتبة لقيام الموجب
وهو اسلامها مع كفر مولاها وان مات مولاها الذمي عتقت بلا سعاية لانها ام ولده ومن ادعى ولد
له فيها اي في الامة شركة ثبت نسبه منه اي من المدعي لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته
ضرورة انه لا يتجزى لان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت
ام ولده لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة يصير نصيبه ام ولده ثم يتملك نصيب صاحبه
لانه قابل للتملك اذا لم يحصل لها من اسباب الحرية شيء كالتدبير وغيره وضمن المدعي نصف قيمتها
لانه يملك نصيب صاحبه حين استكمل الاستيلاد ويعتبر قيمتها يوم العلوق لان امومية الولد
تثبت من ذلك الوقت ثم هذا الضمان لا يتم سواء كان موسرا او معسرا لانه ضمان تملك بخلاف
وضمن نصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة اذ ملكه يثبت بعد الوطي حكما للاستيلاد فيعقبه الملك
بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان الملك هناك يثبت شرطا

لاجنبية ولدها لانه علق حر الاصل فالنسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب في ذلك
الوقت فيحدث الولد على ملكهما لم يعلق شي منه على ملك شريكه وازاد عياه معا ثبت نسبه منهما
ومعناه اذا حبلت في ملكهما واما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتريها
واخر فهو ابنه ولده لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا
وقال الشافعي يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين
متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة رض
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة رضي الله عنها ووجهه يبرق من السرور
فقال اما علمت ان مجززا المدلجي راى اسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا وجوههما وبدت
اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما
اظهر السرور ولوجب عليه الرد والنكير والقافة جمع قائف كالباعة جمع بائع وهو الذي
يتبع آثار الاباء في الابناء من قاف اثره اذا اتبعه وبنو مدلج قبيلة من كنانة مخصوصة بعلم القيافة
ومدلج على وزن محسن ومجزز اسم رجل منهم يقال له مجزز المدلجي ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح
في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو
للباقي منهما اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين فاذا مات احدهما فيكون كل الميراث
للاب الحي دون ان يكون نصفه لورثة الاب الميت وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك فحل محل الاجماع ولانهما استويا في السبب الموجب للنسب فيستويان
في النسب وان كان لا يتجزى فهذا احكام متجزية مثل النفقة وولاية التصرف في ماله
والحضانة والميراث مما يقبل التجزية فما يقبل الوصف بالتجزي كالنفقة والارث يثبت في
حقهما على التجزي وما لا يتجزى يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره كولاية الانكاح
لانها لا تقبل الوصف بالتجزي واما اظهار رسول الله صلى الله عليه وسلم السرور فلزوال
طعن الكفار لانهم كانوا يطعنون في نسب اسامة وكانوا يعتقدون قول القافة حجة
فسر به لانه كان سببا لقطع طعنهم على زعمهم وهي ام ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيبه من الولد
لان دعوة كل واحد منهما في نصيبه راجحة على دعوة صاحبه فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا
وعلى كل واحد منهما نصف عقرها وتقاصا فان قيل لا فائدة في وجوب العقر لانه يصير قصاصا
قلنا فيه فائدة فربما يسقط احدهما حقه فيبقى حق الآخر فيتوجه المطالبة ويرث من كل
ميراث ابن لان المقر يؤاخذ باقراره لان كل واحد منهما اقر على نفسه ببنوته على الكمال فيقبل قوله في حقه
فيستحق من ماله ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد لان الاب احدهما لكنه غير معلوم فيتوزع
ميراث الاب عليهما وان ادعى ولد امة مكاتبه فصدقه المكاتب ثبت النسب منه لتصادقهما
على ذلك فصار كما لو ادعى نسب ولد جارية الاجنبي فصدقه وعليه قيمته اي قيمة الولد لانه في معنى المغرور
حيث اعتمد دليلا وهو انه كسبه فلم يرض بكونه رقيقا فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه
كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو ملكه ظاهرا وان لم يكن حقيقة وعليه عقرها لانه وطي بغير نكاح ولا ملك يمين
وقد سقط عنه الحد للشبهة والوطي الحرام لا يخلو عن الحد او العقر فاذا سقط الحد يلزم عليه عقرها ولا تصير ام ولد له
اذ لا ملك له فيها حقيقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقدم الملك بخلاف
الاب اذ ليس فيها للاب حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وهو غير كاف لصحة الاستيلاد فاحتيج
الى نقلها الى ملك الاب ليصح الاستيلاد وان لم يصدقه المكاتب لا يثبت النسب وقال ابو يوسف رح
يثبت لان جارية كسب ابنه فصار كجارية الابن بل اولى لانه للمولى في المكاتب ملك الرقبة
بخلاف الابن ووجه الظاهر من قولهما ان للاب ان يتملك مال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب
عليه عقرها ولا قيمة الولد ولا تصير ام ولده وليس للمولى ان يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر
عن نفسه التصرف كالاجنبي وههنا يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد له فيشترط تصديقه
الا ان دخل الولد في ملكه وقتا ما بان يعجز المكاتب ويعود الى الرق ثم تبع يثبت النسب
وتصير ام ولد له لان الاقرار باق وهو الموجب وزوال حق المكاتب وهو المانع ٥

كتاب الايمان

كتاب الأيمان

ذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتهما له في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما والايمان جمع يمين
وهو في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين اي بالقوة واليمين تنوع اصطلاحا في الشرع
بالقسم به نحو والله لا افعل كذا او والله لا افعل كذا او ما فعلت كذا وهي ابتداء نوعان
يمين بالله تعالى او صفته ويمين بغيره فالاولى مشروعة بالكتاب وهو قوله تعالى تالله لاكيدن
اصنامكم تالله تفتؤ تذكر يوسف تالله لقد آثرك الله علينا والسنة وهو قوله صلى الله
عليه وسلم والله لاغزون قريشا والاجماع فان الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ومن بعدهم
كانوا يحلفون به ويستحلفون واليمين بغير الله تعالى مشروع وهو تعليق الجزاء بالشرط
نحو ان دخلت الدار فانت حر او فانت طالق او فعلي حج او عمرة او ما اشبه ذلك لانه التزام
حكم عند الشرط ولولاية الالتزام في الحال فيصح الالتزام عند الشرط وهو ليس بيمين وضعا
وانما سمي يمينا عند الفقهاء لحصول ما هو المقصود باليمين بالله تعالى به وهو الحمل على الشرط
او المنع عن الشرط فكان يمينا معنى حتى لو حلف ان لا يحلف فحلف بالطلاق
او نحوه يحنث واليمين بالله تعالى لا يكره لان النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم كانوا
يباشرونه في العهود والمواثيق ولكن تقليله اولى من تكثيره حتى لا يقع في هتك حرمة اسم
الله تعالى واليمين بغير الله تعالى مكروهة عند البعض لقوله عليه السلام من كان حالفا
فليحلف بالله او ليذر فهو دليل على ان اليمين بغير الله تعالى واجب الترك وقوله
عليه السلام ملعون من حلف بالطلاق او حلف به ولان في اليمين تعظيم المقسم به
ولا يجوز ذلك لغيره سبحانه وعند عامة العلماء لا يكره لانه يحصل بها الوثيقة في العهود
خصوصا في زماننا فان احدا لا يصدق ولا يوثق عليه في اليمين بالله تعالى
لقلة مبالاة ظهرت في الناس فمست الحاجة الى الوثيقة بالطلاق وغيره وقد روي
عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه حلف بالطلاق عند النبي صلى الله عليه
وسلم فلم ينكر عليه ولو كان مكروها لانكر عليه وما رووا محمول على الحلف لا على وجه
الوثيقة او على الحلف به في الماضي وهذا عندنا مكروه لانه لا يحصل به معنى الوثيقة
وركن اليمين بالله ذكر اسم الله تعالى او صفته وبغيره ذكر شرط صالح وجزاء صالح
كما في ذلك من الكتاب وهي اي اليمين ثلاثة انواع غموس وهي اي اليمين الغموس
حلفه على امر ماض وحال كذبا عمدا وحكمها الاثم ابرا من حلف لقوله عليه السلام
اليمين الغموس تدع الديار بلاقع اي خالية من اهلها وقوله عليه السلام من حلف
كاذبا ادخله الله النار وسمي غموسا لانه يغمس صاحبه في النار ولا كفارة فيها
اي في اليمين الغموس الا التوبة [illegible] وقال الشافعي
فيها الكفارة لانها شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق
ذلك الذنب بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فلا بد رفعه وذلك بالكفارة
كما في المنعقدة ولنا انها كبيرة محضة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة
فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لم يكن مناطا للكفارة التي هي عبادة
بدليل الزنا بالصوم وفيه بحث وهو انه لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة
بالظهار لكونه منكرا من القول وزورا والجواب ان الكفارة لم تجب بالظهار بل
بالعود الذي هو العزم على الوطي واعترض ايضا بان الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها
اياها مباح بل مامور به لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها واجيب بان الحسنة
تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة بهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف
المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث

قال الوكيع كان ابو حنيفة قد جعل على نفسه ان لا يحلف بالله تعالى
في عرض كلامه الا تصدق بدرهم فحلف فتصدق به
ثم جعل ان حلف ان يتصدق بدينار فكان
اذا حلف صادقا في عرض كلامه تصدق بدينار
من الاكمال شرح المشكاة لعلي القاري عليه رحمة الباري

ولكنا من انواع اليمين لغو وهي اي اليمين اللغو حلفه على امر ماض او حال يظنه كما قال
وهو بخلافه مثاله ان يقول والله ما فعلت كذا وهو يظن انه ما فعل وقد فعل او والله
فعلت كذا وهو يظن انه فعل وما فعل او رأى شخصا من بعيد فقال والله انه لزيد يظنه زيدا
وهو عمرو او طائرا فقال والله انه لغراب يظنه غرابا وهو حدأة وحكمها رجاء العفو
اي نرجوا ان لا يؤاخذ الله تعالى صاحبها بها والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم
فان قيل لما معنى تعليق نفي المؤاخذة بالرجاء وهو منصوص عليه فيكون مقطوعا به قلنا نعم
لا شك في نفي المؤاخذة في اللغو المذكور في النص لكن اللغو في الصورة التي ذكرناها الا انه
مختلف فيها فعند الشافعي يمين اللغو ما يجري على لسانه بلا قصد سواء كان في الماضي او لا
بان قصد التسبيح فجرى على لسانه اليمين وما ذكرنا في تفسير اللغو مروي عن زرارة بن ابي اوفى
وعن ابن عباس رضي الله عنهم في احسن المعاني ومنعقدة وهي حلفه على فعل او ترك
في المستقبل وحكمها وجوب الكفارة ان حنث لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم
بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين في المستقبل بدليل قوله تعالى واحفظوا
ايمانكم وانما يتصور حفظ اليمين عن الهتك في المستقبل ولانه قال تعالى بما عقدتم الايمان
فالعقد يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه يتعلق بها حكم فيصير عقدا شرعيا
كسائر العقود الشرعية ولانه تعالى قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والنقض
يكون في موضع العقد وهنا انما يتصور في المستقبل قال صدر الشريعة في شرح قول
تاج الشريعة هي ثلاث اي الايمان التي اعتبرها الشرع ورتب عليها الاحكام ثلاث
وانما قلنا هنا لان مطلق اليمين اكثر من الثلاث كاليمين على الفعل الماضي صادقة
وعنينا بترتيب الاحكام عليها ترتيب المؤاخذة على الغموس وعدمها على اللغو والكفارة
على المنعقدة وقال مولانا الفاضل يعقوب باشا فيه كلام وهو ان ترتب الحكم بالمعنى
المذكور موجود في الحلف على الماضي الصادق كما لا يخفى فلا يفيد التقييد المذكور
الا ان يقال المراد من اعتبارها تسميتها باسم خاص والتسمية ليست بموجودة
في الحلف المذكور او يقال المراد النص بترتيب الحكم ولا نص في الحلف المذكور كما لا يخفى
انتهى يقول الفقير عفا عنه كما يختلج هنا البحث وجوابه الثاني في خلدي حتى عرضته
على بعض من هو بالفضل مشهور فاستحسن ثم وجدته بعد زمان في حاشية
المولى المزبور بعد مدة وقال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر المراد بالحكم الحكم
المتعلق المحتاج الى البيان ومن البين ان حكم اليمين الصادق غير محتاج الى البيان
لكونه بينا انتهى ثم انهم قسموا المنعقدة الى اقسام ومن هنا قال ومنها اي ومن المنعقدة
ما يجب فيه البر كفعل الفرائض كان يقول والله لاصلين الظهر اليوم وترك المعاصي
مثل ان يقول والله لا اشرب الخمر ومنها ما يجب فيه الحنث كفعل المعاصي مثل ان يقول
والله لاشربن الخمر اليوم وترك الواجبات مثل ان يقول والله لا اصلي ظهر اليوم فيجب
ان يحنث ثم يصلي الظهر ويكفر لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف ان يطيع الله
فليطعه ومن حلف ان يعصيه فلا يعصه ومنها ما يفضل فيه الحنث على البر كهجران
المسلم ونحوه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي
هو خير وليكفر عن يمينه وما عدا ذلك يفضل فيه البر على الحنث حفظا لليمين
قال الله تعالى واحفظوا ايمانكم اي عن الحنث ولا فرق في وجوب الكفارة بين العامد
والناسي كما اذا ذهل عن التلفظ باليمين وقال صاحب الدرر رحمه الله ولو كان مكرها
او ناسيا ثم قال في شرحه اي مخطئا كما اذا اراد ان يقول اسقني الماء فقال والله
لا اشرب الماء وقال مولانا محمد الواني في تعليقاته عليه تفسير الناسي بالمخطئ يشعر
بعدم الفرق بينهما ولكن يمكن الفرق بان ما جرى على اللسان حال كون القلب عازما على
ترك الحلف يكون خطأ وما جرى حال ذهول القلب عنه يكون نسيانا انتهى

اعتد بالتحريك القلب لحرره

كو

يقول الفقير

يقول الفقير لم يفسر صاحب الدرر هنا الناسي بالمخطئ بل قال بعده وقيل ناسيا ذاهلا عن التلفظ به بان قيل له
الا تاتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين وهنا حقيقة النسيان ثم يتوجه عليه اطلاق لفظ الناسي
على المخطئ وهو غير معهود ووجه عدم الفرق في وجوب الكفارة بين العامد والناسي قوله صلى الله عليه وسلم
ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين عقد يقوى به
عزم الحالف على الفعل او الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيها كالقاصد
قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن امتي
الخطأ والنسيان لانه محمول على نفي الاثم والمكره في الحلف والحنث اي
لا فرق في وجوب الكفارة بين المكره في الحلف او الحنث وبين غير المكره اما المكره في الحلف
فلما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد واما المكره في الحنث
فلان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا حنث وهو مغمى عليه او مجنون
لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث
لا على حقيقة الذنب كذا في الهداية وتفصيله ما يقال ان الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب
والمغمى عليه والمجنون لا ذنب عليهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهما الكفارة
وتقرير الجواب ان الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة
الذنب لوجوده لا محالة فانه دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل
حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من المرأة
وهنا سؤال في العناية ان شئت فراجعه وهي اي الكفارة عتق رقبة اي اعتاقها
او اطعام عشرة مساكين كما في عتق الظهار اي يجزي فيها ما يجزي في الظهار
من الرقبة وقدره او اطعامه اي يجزي فيها ما يجزي في الظهار من الطعام وقدره ايضا
او كسوتهم اي كسوة عشرة مساكين معطوف على قوله او اطعام عشرة مساكين كل واحد
منهم ثوبا يستر عامة بدنه هو الصحيح فلا يجزي السراويل لان لابسه يسمى عريانا في العرف
وقوله هو الصحيح اي هو الصحيح المروي عن الشيخين وابي يوسف لا ما روي عن محمد ان ادناه
ما يجوز فيه الصلاة فيجزي السراويل على هذه الرواية وفي رواية اخرى ان اعطى السراويل
المرأة لا يجزي وان اعطى الرجل يجزي ثم ان الاصل في وجوب الكفارة على الطريق المذكور
قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين
من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فالواجب واحد من هذه
الثلاثة والعبد مخير فيه لان كلمة او للتخيير فان عجز يقول الفقير الظاهر وان عجز بالواو
تنبيها عن احدها اي احد هذه الثلاثة عند الاداء اي عند ارادة اداء الكفارة لا عند
الحنث يعني ان المعتبر في اليسار وضده انما هو وقت التكفير حتى لو كان معسرا وقت الحنث فايسر
وقت التكفير كفر باحد هذه الاشياء الثلاثة ولم يكفه الصوم ولو كان الامر بالعكس لا يلزمه التكفير
باحدها بل يكفيه الصوم والاصل فيه ان شرعية البدل عند عدم القدرة على الاصل اي الاداء
قال فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام كما قال في التيمم فلم تجدوا ماء فتيمموا ثم هناك المعتبر حالة الاداء
فكذا هنا المعتبر حالة الاداء صام ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي لا يلزم التتابع لاطلاق
ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور فيزاد بها على الكتاب
ولا يجوز التكفير قبل الحنث وقال الشافعي يجوز التقديم اذا كانت بالمال بناء على ان اليمين
سبب فالحال التكفير للاداء الستر الجناية وقبل الحنث لا جناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض
بخلاف الجرح لانه مفض ولو قدم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ولا استرداد في الصدقة
ولا كفارة في حلف كافر لان الكافر ليس باهل لليمين لانها تعظيم الله تعالى ولا تعظيم مع الكفر
لانها عبادة حتى تتأدى بالصوم وليس الكافر اهلا لها بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور
بالنكول ولا قلب بالكفر كما ينافي ذلك وان حنث مسلما وقال الشافعي رحمه الله يكفر بالمال لان اليمين تنعقد للبر
ولا يصح بين الصبي والمجنون والنائم اما بين الصبي والمجنون فلانعدام اهليتهما واما بين النائم فلانعدام

قال في دار

في

اتفق

للكفارة

المدعى

وهو اهله

الاختيارية والمغمى عليه

فصل

لما فرغ من بيان ضروب الايمان والكفارة شرع في بيان حروف القسم وبيان ما يكون يمينا وما لا يكون وحروف القسم الواو والباء والتاء لان كل ذلك معهود في الايمان مذكور في القران والاصل فيها الباء ولهذا تدخل على المظهر والمضمر نحو بالله لا افعل وبك لا افعلن والواو بدل منها ولا تدخل الا على المظهر نحو والله لا افعل ولا يقال وبك لا افعل والتاء بدل من الواو ولهذا لا تدخل من المظهر الا على اسم واحد هو اسم الله تعالى يقال تالله لا افعل ولا يقال ترب الكعبة وقد تضمر كالله لا افعله لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل وهو اختيار اهل البصرة ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل وهذا اختيار اهل الكوفة ويكون الكسر دالا على المحذوف ولو قال هو يكون يمينا لان معناه بالله اذا الباء واللام يتعاقبان قال الله تعالى آمنتم به آمنتم له ابن بح وقال ابن عباس رضي الله عنهما دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج كذا في الكافي يقول الفقير وتمثيل ابن ح بقوله كالله افعل على حذف حرف النفي اي لا افعل ولا يلزم ان يقول لا افعلنه لان نون التاكيد تلزم في مثبت القسم ولهذا قالوا اذا قال قائل والله اصلي ثم صلى يحنث لان حرف النفي فيه محذوف وتقديره والله لا اصلي ولا يلزم ان يقول والله لاصلين واليمين بالله اي بهذا الاسم الشريف او باسم من اسمائه تعالى كالرحمن والرحيم والحي وجميع اسامي الله تعالى في ذلك سواء تعارف الناس الحلف بها او لا هو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح لان اليمين باسم الله تعالى تثبت بقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر والحلف بسائر اسمائه حلف بالله تعالى ايضا وما ثبت بالنص او بدلالته لا يراعى فيه العرف وقال بعض اصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين وكل ما يسمى به غيره كالحكيم والعليم والقادر فان اراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا والمص اختار هنا اتباعا بصاحب المختار ولهذا قال ولا يفتقر الى النية الا فيما سمي به غيره اي غير الله تعالى كالحليم والعليم فانه يفتقر الى النية او بصفة من صفاته يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وعظمته وقدرته قال صاحب العناية والمراد بالاسم هنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة والقدرة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده اولا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود ولم يغضب على المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه لما [illegible] وكونه يراد به المعلوم ومشايخ ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوا ليس بيمين وهو مختار صاحب الهداية انتهى والمص ايضا اختار هنا ولهذا قال يحلف بها عرفا لا بغير الله كالقران والنبي والكعبة لما روينا من قوله عليه السلام من كان حالفا منكم فليحلف بالله او ليذر روى مالك في الموطأ عن نافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابائه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال مولانا الفاضل سعدي افندي القران كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى بل هو من صفاته الازلية هو ولذلك لم يجعله صاحب الهداية مع النبي والكعبة في قرن بل ذكره مستقلا وعلله بعدم التعارف انتهى يقول الفقير وانت خبير بان ما ذكره انما ينهض لو اريد من القران ما هو غير مخلوق وهو الكلام النفسي ومن البين ان من حلف بالقران لا يريده بل يريد النظم المتلو الحادث فتدبر ثم قال صاحب الهداية واما لو قال انا بريء من النبي او من القران يكون يمينا لان التبري منهما كفر فما ذكره تعالى ولا بصفة لا يحلف بها عرفا كرحمته وعلمه ورضاه وغضبه وسخطه وعذابه لان الحلف بها غير متعارف

وقوله لعمر الله يمين والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم ولا يجوز فيه الضم قال في المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقي كذا في العناية وكذا وايم الله قال صاحب العناية معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية انتهى وقال صاحب الكافي معناه ايمن الله عند اهل الكوفة وهو جمع يمين وعند اهل البصرة هو من صلات القسم ومعناه والله انتهى يقول الفقير ولو قال الم وكذا ايم الله بدون الواو لكان اولى لان كلمة ايم اذا كان من صلات القسم عند البصريين يكون بمنزلة الواو فلا يبقى حاجة الى الاتيان بالواو بل يكون لغوا نعم يمكن ان يقال ان كان جمع يمين على ما هو مذهب الكوفيين لا يكون لغوا لكن لو اريد به على ذلك التقدير ايضا لا يفوت معنى اليمين تدبر قال صاحب الهداية والحلف بهذين اللفظين متعارف يحلف بهما عامة ولم يرد نهي في الشرع وكذا لو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اقسم واحلف واشهد وان لم يقل بالله فان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف فجعل حلفا في الحال سواء قال بالله او لا وكذا يكون يمينا لو قال علي نذر او يمين او عهد وان لم يضف الى الله حتى اذا قال ان فعلت كذا فعلي نذر فان نوى قربة من القرب التي يصح النذر بها لزمته وان لم ينو فعليه كفارة يمين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وكذا قوله علي يمين لان معناه موجب يمين والعهد بمعنى اليمين قال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر الظاهر عدم الاضافة بالنظر الى ظاهر اللفظ فان الاضافة بحسب المعنى لا بد منها اذ اليمين لا يكون الا بالاضافة الى الله تعالى انتهى وكذا قوله ان فعل كذا فهو كافر او يهودي او نصراني او بريء من الله يمين يستوجب الكفارة اذا حنث لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لان تحريم الشيء ايجاب ضده ومعنى صيانة الكلام عبارة عن الايجاب والشرط لا يصلح واجب الذات فلم يبق الا ان يكون واجبا لغيره والواجب لغيره لا بد له من موجب وليس هنا الا اليمين بالله وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال من حلف باليهودية او النصرانية فهو يمين ولا يصير كافرا بالحنث فيهما سواء علقه بماض او مستقبل ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر يصير به كافرا قال صاحب الكافي وهذا اذا كان في المستقبل واما اذا كان في الماضي كشيء قد فعل فهو الغموس ولا يكفر فيما روي عن ابي يوسف رح اعتبارا للماضي بالمستقبل وهذا لانه قصد به اليمين فلم يتصل به تحقيقه وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشيء كائن تنجيز فكانه قال انا كافر والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر انتهى يقول الفقير دليله غير وارد على المدعى لان المدعى انه كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر والدليل يثبت الشق الثاني فقط لا يثبت الشق الاول وهو كونه جاهلا الا انه بتكلف ويقال ان او بمعنى الواو او تخريجهما لكن يبقى انه اذا كان غير عالم بكونه يمينا ولا بكونه كافرا به ما يكون حكمه تدبر وقوله ان فعله فعليه غضب الله او سخطه او لعنته او هو زان او سارق او شارب خمر او آكل ربا ليس بيمين اما قوله فعليه غضب الله او سخطه او لعنته فلانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف واما قوله هو زان او سارق او شارب خمر او آكل ربا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف كذا في الهداية هو

قال صاحب النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن ذلك لفعل المنعم بالزنا
وبا بعينها المتصوح بالسرقة بعينها جاز ان يكون كل منهما حلالا له بوجه النكاح وملك اليمين
فيمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر
والزنا فيحتملان النسخ اما الخمر فقط فانها كانت حلالا ثم انتسخ واما الربا فمحتمل النسخ
في نفسه وان لم يرد النسخ في حرمة الاخرى انه يحل في دار الحرب انتهى قال صاحب العناية
واقول كلام صاحب الهداية لف ونشر على غير الترتيب وذلك لان قوله يحتمل النسخ
متعلق بشرب الخمر واكل الربا وقوله والتبديل متعلق بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل
انقلابهما الى الحل كما ذكر وهنا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اصح والاولى اولى
انتهى وكذا قوله حقا لان المنكر يراد به تحقيق الوعد ومعناه افعل هذا لا محالة
فلا يكون يمينا او وحق الله ليس بيمين عند ابي ح ومحمد لان الحق اذا اضيف الى الله
يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون يمينا بغير الله وهو لا يجوز خلافا لابي يوسف
لان الحق من صفات الله تعالى فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف فيكون
يمينا فلو قال والحق يكون يمينا اتفاقا على ما سبق وكذا قوله سوكند خورم
بخداي بطلاق زن قال صاحب الدرر في متنه او بطلاق زن ثم قال في شرحه
وقوله او اشارة الى ان لفظة يا بالفارسية الواقعة في عبارة الوقاية مكان او
غير صحيح فتدبر انتهى قال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر ويمكن دفعه
بان المحكي مجموع قوله سوكند خورم بخداي يا بطلاق زن فيكون كلمة يا من كلام
المحكي عنه لا من كلام المص ويفهم منه ان كل جزء ايضا لا يكون يمينا بقول الفقير
فيكون حاصله اذا قال سوكند خورم با بطلاق زن لا يكون يمينا وكذا اذا قال
سوكند خورم بخداي او قال سوكند خورم بطلاق زن لا يكون يمينا ايضا
غاية ما في الباب ان صاحب الوقاية والمص يكونان كانهما بينا المسئلة الاولى
صريحا والثانية والثالثة ضمنا تدبر ومن حرم ملكه مثل ان يقول حرمت على نفسي
ثوبي هذا او طعامي هذا لا يحرم وان استباحه او شيئا منه يعني عامله معاملة
المباح فعليه الكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام
ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به الحرمة لعينها وهو غير جائز
لانه قلب المشروع او لغيرها باثبات موجب اليمين ففيه اعمال للفظ والمصير
الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه قال صاحب العناية وبهذا
التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يحرم وبين قوله وان استباح تنافيا
لان الاستباحة انما تستعمل فيما فيه تحريم وقوله لم يحرم ينافيه وذلك لان قوله
لم يحرم معناه لم يصر حراما لعينه وقوله وان استباح اشارة الى الحرمة لغيره انتهى
وقوله كل حل علي حرام يحمل على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان
يحنث عقيب فراغه لمباشرته فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كما ذهب اليه زفر
وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم فاذا سقط اعتباره
ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة واذا لم يكن العموم
مرادا لا يتناول المرأة الا بالنية فاذا نواها كان ايلاء قال صاحب العناية وهذا جواب
ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر وبعض مشايخ
سمرقند قالوا يقع به الطلاق بلا نية انتهى ومن هنا قال والفتوى انه تطلق امرأته بلا نية
لغلبة الاستعمال ولوجود قرينة وفيه ان ارادة العموم مشكل لان بعض الافعال المباحة
لا يمكن الانفكاك عنها وارادة البعض الغير المعين غير مفيدة مع شيوع الحلف بالطلاق فيما
بين الناس فالحمل على اليمين اقرب كذا قال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر

ومثل قوله

ومثله قوله حلال بروي حرام او حلال الله او حلال المسلمين وان قال لم انو الطلاق لم يصدق في
القضاء لانه صار طلاقا عرفا كما في الكافي ومثله هرجه بدست راست گيرم بروي حرام قال صاحب
الكافي قيل يجعل طلاقا بلا نية وهو اختيار مشايخ سمرقند لان مراد العامة في هذا اللفظ الطلاق
وقال بعض مشايخنا لم يتضح لي عرف الناس في هذا فان من لا امرأة له يحلف كما يحلف ذو الحليلة
ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالاولى من تحرى في لفظ التناول
باليمين فالظاهر انه يراد به ما يتناول باليد وهو المأكول والمشروب فالصحيح ان يقيد الجواب
ويقال ان نوى الطلاق يكون طلاقا وان لم ينو لا لانه فالاحتياط ان يتوقف المرء فيه
ولا يخالف المتقدمين ولو قال هرجه بدست گيرم قيل لا يكون طلاقا الا بالنية وقيل
لا يشترط النية انتهى ومن نذر نذرا مطلقا ولم يعلقه بشرط بان قال لله علي صوم شهر
او معلقا بشرط يريده الناذر كان قدم غائبي فعلي كذا ووجد الشرط لزم الوفاء
بالنذر في الصورتين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى
ومن نذر ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو علقه بشرط كان لا يريده كان زنيت
فحنث خير بين الوفاء والتكفير هو الصحيح وبه يفتى وفي ظاهر الرواية ان علقه بشرط
سواء كان يريده او لا وجب عليه الوفاء بعين النذر كالطلاق للحديث الذي رويناه انفا
لكن روي ان ابا ح رجع الى القول بالتفصيل قبل موته بسبعة ايام وبه كان يفتي
اسمعيل الزاهد وشمس الائمة السرخسي وغيرهما من كبار الفقهاء وذلك
لان كلامه نذر بظاهره يمين بمعناه لانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط اذ الناذر
يمتنع عن التزام هذه الطاعات بالنذر مخافة ان لا يفي بها فيميل الى اي الجهتين شاء
بخلاف ما اذا علق بشرط يريد كونه لان معنى اليمين وهو قصد المنع عنه غير موجود فيه
لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال صدر الشريعة اقول ان كان
الشرط حراما كان زنيت مثلا ينبغي ان لا يتخير لان التخيير تخفيف والحرام لا يوجب
التخفيف انتهى ورده شارحه بان الموجب للتخفيف ليس هو الحرام بل وجود دليل
التخفيف لان اللفظ لما كان نذرا من وجه ويمينا من وجه لزم ان يعمل بمقتضى
الوجهين ولم يجز اهدار احدهما فلزم التخيير الموجب للتخفيف بالضرورة كما
لا يخفى يقول الفقير لانم مقدمة القائل بان التخيير تخفيف لانه لو كان كل تخيير
تخفيفا لما خير الحانث المكفر في الكفارة بين الاشياء الثلاثة في مقابلة ارتكاب وهو
هتك حرمة الله تعالى مثلا فان قيل في الكفارة معنى العبادة فالاستحقاق للتخفيف
من هذه الجهة قلنا ففيما نحن فيه الامر كذلك اذ كفارة اليمين والوفاء بالنذر
سيان في اندراج معنى العبادة فيهما تدبر ومن وصل بحلفه ان شاء الله فلا حنث
عليه يعني اذا حلف على فعل او ترك وقال بعده متصلا به ان شاء الله لا يحنث
لما روي عن العبادلة الثلاثة مرفوعا وموقوفا من حلف على يمين وقال ان شاء الله
فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة لكن لا بد من الاتصال
لانه بعد الفراغ رجوع ولا يصح الرجوع في الايمان فان قلت هذا تعليل في
مقابلة النص لان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المتصل والمنفصل قلت
الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان
جواز الاستثناء المنفصل يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة
وغيرها من ان يكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى فيحمل حديث الاستثناء
على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما جواز الاستثناء
منفصلا وقد ذكرنا تفصيله في باب تعليق الطلاق

باب اليمين في الدخول والخروج والاتيان والسكنى وغير ذلك

وذكر في هذا الباب حكاية لطيفة بين امامنا الاعظم وبين محمد بن اسحق صاحب المغازي فاطلبها

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء او تركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها
في ابواب وقدم الدخول والخروج والسكنى والاتيان على غيرها من الاكل والشرب وغيرهما
لان اول ما يحتاج اليه الانسان الذي يتحقق منه اليمين وجود مسكن يدخل فيه ويخرج منه ويأوي
اليه ثم يترادف عليه سائر الافعال من الاكل والشرب وغيرهما واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى
يا ايها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض
فراشا والسماء بناء وانزل من السماء ماء فاخرج به من الثمرات رزقا لكم وههنا لانه
ذكر الرزق بعد جعل الارض فراشا كذا في شرح الهداية ثم ان الاصل ان الالفاظ المستعملة
في الايمان مبنية على العرف عندنا وعند الشافعي على الحقيقة لانها حقيقة بالارادة دون المجاز
وعند مالك على معاني كلام الله تعالى قال مولانا حميد الدين في تعليقاته على الهداية وانما
اختاره ائمتنا فان المعنى العرفي هو الاكثر خطورا بالبال واشبه اعتبارا في هذه الاحوال
قال صاحب الكافي قلنا ان غرض الحالف ما هو المتعارف فيتقيد بغرضه
الا يرى ان من حلف ان لا يستضيء بالسراج او لا يجلس على البساط فاستضاء بالشمس
او جلس على الارض لا يحنث وان سمى في القران الشمس سراجا والارض بساطا انتهى
حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة البيعة معبد النصارى
والكنيسة معبد اليهود وقيل هكذا لا يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه
البقاع ما بنيت لها وان سمى الله تعالى الكعبة بيتا حيث قال ان اول بيت وضع
للناس للذي ببكة مباركا الاية وسمى البيع مساجد حيث قال في بيوت اذن الله
الاية والمراد في مساجد لان مبناها على العرف لا على الفاظ القران قال صاحب البدائع
وما ذكره بعضهم من انه اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت يحنث فذلك سهو
لكونه مخالفا للاصل المذكور ولكونه مخالفا للرواية الا يرى ان الشيخ ابا نصر قال
وان حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وان سماه الله بيتا انتهى
وكذا لو دخل دهليزا وهو بالكسر ما بين الباب والدار او ظلة باب دار
وهي بالضم تكون على باب الدار ولا يكون فوقها بناء ولو كان فوقها بناء لا يقال
لها ظلة واذا كانت على باب الدار تكون على السكة فلا تكون بيتا فلا يحنث
ان كان لو اغلق الباب يبقى خارجا والا اي وان لم يبق خارجا لو اغلق الباب
حنث الظاهر ان هذا قيد للدهليز والظلة جميعا قال صاحب الكافي
قال مشايخنا هذا اذا كان الدهليز بحال لو اغلق الباب يبقى خارج البيت واما
اذا كان بحيث لو اغلق الباب يبقى داخل البيت وهو مسقف يجب ان يحنث
لانه يصلح للبيتوتة وكذا الظلة وهي الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون
فوقه بناء ليست ببيت لانه لا يبات فيها وقال صاحب الهداية وقيل اذا كان الدهليز
بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة انتهى
يقول الفقير الظاهر من تقرير صاحب الهداية ان يكون التقييد والتفصيل مختصا بالدهليز
يظهر ذلك بالتامل في سياقه وسباقه ان شئت فراجعه كما لو دخل صفة
فانه يحنث بدخولها لانها تبنى للبيتوتة فيها مع ان البيت اسم لمبنى مسقف يبنى
للبيتوتة سواء كان حيطانها اربعة او ثلاثة وهذا المعنى موجود في الصفة فيتناولها
اسم البيت فيحنث بدخولها الا ان يبني ما سواها وقال صاحب الهداية هو الصحيح
وقيل لا يحنث في الصفة ايضا اي كما لو دخل دهليزا او ظلة باب دار بحيث لو
اغلق الباب يبقى خارجا قال صاحب الهداية وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات
حوائط اربعة وهكذا كانت صفات اهل الكوفة ذكر عن ابي حازم القاضي
انه قال هذه المسألة اشكلت علي حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم ذوات حوائط
اربعة على هيئة البيوت فعلمت ان الامام وضعها على تعارفهم

ولو لا يدخل

ولو حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لا يحنث ولو قال لا يدخل هذه الدار فدخلها خربة
صحراء او بعد ما خربت وبنيت دارا اخرى حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب
والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة بالغين المعجمة ضد العامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك
منها ما قيل الدار دار وان زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد ما انهدما
وقال لبيد عفت الديار محلها ومقامها
وقال النابغة يا دار مية بالعلياء فالسند
والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو لان الاشارة ابلغ في التعريف فاغنى
عن الوصف الذي وضع للتوضيح فاستوى وجودها وعدمها وتعلقت اليمين بذاتها
وذاتها باق بعد انتقاض الحيطان وزوال الجدران وفي الغائب الوصف معتبر لان الغائب
يعرف بالوصف فيتعلق اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة
فان قيل ما ذكرت ان الصفة في الحاضر لغو لا يصح فانه لو حلف ان لا ياكل هذا الرطب فاكله
بعد ما صار تمرا لا يحنث ولو كانت الصفة ملغاة في الحاضر لحنث قلنا الصفة في
الحاضر لغو الا اذا كانت داعية الى اليمين كما في مسألة الرطب لانه ربما يضره اكل
الرطب دون التمر وصفة كون الدار مبنية لا تدعو الى ترك الدخول فتعلقت اليمين
بالاصل دون الوصف كما لو حلف ان لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه
لان الصبا لا يدعو الى اليمين بل داع الى البرة والمرحمة والتلطف قولا وفعلا
قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك التكلم
ترك الترحم فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة كانه قال لا اكلم هذا كذا في الكافي
ولصاحب الدرر ههنا اعتراضات على صدر الشريعة لم ار في ايرادها فائدة
لكونها مدافعة ودعوى ان كنت طالبا فراجع اليهما وكذا يحنث لو وقف
على سطحها اي سطح الدار لان سطح الدار من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه
بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه وقيل لا يحنث
اي بالوقوف على سطحها في عرفنا لانه لا يسمى داخلا بالوقوف على السطح قال صاحب الكافي
والمختار ان لا يحنث ان كان الحالف من بلاد العجم وعليه الفتوى لان الصاعد
على السطح والحائط لا يسمى داخلا في العجم الا يرى انه يقال هو على السطح ولا يقال
هو في الدار وان كان الحالف من بلاد العرب يحنث وهو جواب الاصل لان السطح و
الحائط من الدار حتى يدخلان في البيع بلا ذكر ومن نام على سطحها اذا قال بت الليلة
في داري لا يكذب انتهى ولو دخل طاق بابها اي باب الدار او دهليزها ان كان
لو اغلق الباب يبقى خارجا لا يحنث والا حنث يقول الفقير كيف يكون هذا
التفصيل في دهليز الدار بعد ما فسروا الدهليز بما بين الباب والدار وهذا ظاهر
ولعمري ان وجود هذا التفصيل بعد ما فسروا به متعسر بل متعذر الا انه
بتكلف تامل في وجه التكلف حتى تصل الى حقيقة الحال والعلم في الحقيقة الى
الملك المتعال وهذا السؤال وارد ايضا فيما سبق في لا يدخل بيتا فدخل دهليزا
ولو جعلت الدار مسجدا او حماما او بستانا او بيتا والفرق بين الدار
والبيت معروف بعد ما خربت الدار متعلق بجميعها فدخلها الحالف لا يحنث
لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم اخر عليها وعرض هيئة حدث اسم اخر بزوال
ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما يسمى دارا ولم تبق وكذا لا يحنث
لو دخل بعد انهدام الحمام واشباهه يعني لو قال لا يدخل هذه الدار فجعلت
حماما او مسجدا او بستانا ثم انهدم هذه الاشياء فدخل العرصة لا يحنث ايضا لان
اسم الدار قد زال بالكلية باعتراض هذه الاسماء عليها وبانهدامها لا يعود اسم الدار

دفع صاحب الدرر لاعتراضه على الصدر
وللاستاذ بعض الافاضل في ترجمة صدر الشريعة هذا البعض يحتاج الى التدريب ونسب عرضه الى الزيغ
لمحرره

وراجع عطايه صلى الله عليه وسلم بلسانه الشريف لبعض الصبيان
للاطفال وقال فيمن لا يقبل ولده من لم يرحم لا يرحم
وقال في حب فلذة الطفل حين مات طرفه الذي يصيبه
ويتجوز في صلاته لما سمع من بكاء الصبي وامثال ذلك
يحكي في كتابه الكريم وانك لعلى خلق عظيم
عليه الصلاة والتسليم
لمحرره عفي عنه

وفي لا يدخل هذا البيت فدخل بعدما انهدم البيت وصار صحراء او بعدما بني بيتا اخر لا يحنث
اما اذا انهدم وصار صحراء فلزوال اسم البيت عنه فانه لا يبات فيه واما اذا بني بيتا اخر
فلان الاسم لم يزل بالانهدام اذ البناء وصف اصلي في البيت صار البناء الثاني غير الاول
لانه بصنعة جديدة بخلاف ما لو سقط السقف وبقي الجدران فانه يحنث بدخوله لانه
يبات فيه والسقف وصف فيه ولان الاسم باق قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية
بما ظلموا انه بيوت منهدمة السقوف وفي لا يدخل هذه الدار وهو اي والحال ان الحالف فيها
اي في الدار لا يحنث ما لم يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث بالقعود فيها
لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج
الى الداخل وليس له دوام كذا في الهداية قال صاحب العناية واطلاق الانتقال
بدل الانفصال اولى لان الدخول لكونه حركة اينية تسمى نقلة قال مولانا الفاضل سعدي
افندي بل ما ذكره صاحب الهداية اولى حيث يخرج عنه ما اذا وضع احدى رجليه في الداخل
والاخرى في الخارج بخلاف ما قاله انتهى يقول الفقير اذا لم يصدق الانتقال على ما وضع
احدى رجليه في الداخل والاخرى في الخارج كيف يصدق عليه الانفصال بالكلية
والحال ان تسمية الحركة الاينية نقلة ترجح اولوية اطلاق الانتقال بدل الانفصال
البتة تدبر وفي لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه او لا يركب هذه الدابة وهو راكبها
او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها ان اخذ اي شرع في النزع اي نزع الثوب
والنزول عن الدابة والنقلة اي نقلة متاع منها من غير لبث متعلق بالجميع لا يحنث
وقال زفر يحنث لوجود الشرط ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منها زمان تحققه
والا اي وان لم ياخذ في النزع والنزول والنقلة ولبث على حاله ساعة لطيفة
حنث لان هذه الافعال لها دوام بتجدد امثالها حتى يضرب لها مدة يقال ركبت يوما
ولبست يوما بخلاف الدخول اذ لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت وان جاز
بمعنى الظرف قال صاحب الدرر ولو نوى ابتداء اللبس ونحوه يصدق لانه محتمل كلامه
فلا يحنث باللبث ثم في لا يسكن هذا البيت او هذه الدار لا بد من خروجه
بجميع اهله ومتاعه حتى لو بقي وتد من متاعه حنث لان يمينه انعقدت على الكف
الذي كان له السكنى بنفسه ومتاعه واهله فيكون ساكنا ببقاء اهله ومتاعه
فيها عرفا ومعنا لان السكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام
فانه لبث في المجلس لا يعد ساكنا فيه والسكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام
يكون بهذه الاشياء قال صاحب الكافي هذا اذا كان الحالف في عياله وان كان في عيال غيره
او كان ابنا كبيرا يسكن مع ابيه او كانت امراة لا يحنث بترك المتاع فيها لانه لا يعتبر
هنا سكونه فقط ثم قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان قال بالفارسية
من بدين خانه نباشم فخرج بنفسه بعزم ان لا يعود لا يحنث وان خرج بعزم ان يعود
يحنث وعند ابي يوسف يعتبر نقل الاكثر اقامة له مقام الكل لان نقل الكل قد يتعذر
قال صاحب الكافي وعليه الفتوى وعند محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته
اي يعتبر نقل ما لا بد منه في البيت من الالات الاستعمالية دون ما لا حاجة اليه في
الاستعمال وهو الاحسن والارفق بالناس وهذا اوفق بالقياس
قال صاحب الكافي قالوا وهذا الاختلاف في نقل الامتعة واما الاهل فلا بد
من نقل الكل وقال صاحب الاختيار ولو كان عنها فاخذ في نقل
الامتعة من حين حلف حتى بقي على ذلك شهرا لم يحنث هكذا
يروى عن محمد وكذلك لو كان في طلب مسكن اخر اياما حتى يجده
لم يحنث اذا لم يترك الطلب في هذه الايام انتهى

ثم لا يبر

ثم لا يبر بنقلته الى منزل اخر حتى لا يبر بنقلته الى السكة او مسجد قال صاحب الاختيار
ولو انتقل الى السكة او الى المسجد قيل يبر كما في منزل اخر وقيل يحنث لانه لما لم يتخذ
وطنا اخر بقي وطنه الاول كالمسافر اذا خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا اخر
حتى مصره اتم الصلاة لان وطنه لم يتغير كذا هنا وذكر ابو الليث لو انتقل الى
السكة وسلم الدار الى صاحبها او اجرها وسلمها بر في يمينه وان لم يتخذ دارا
اخرى لانه لم يبق ساكنا انتهى ما في الاختيار يقول الفقير وهو الارفق لعل الفتوى عليه
وكذا في لا يسكن هذه المحلة لا بد من خروجه بجميع اهله ومتاعه عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف يعتبر نقل الاكثر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته
وفي لا يسكن هذه البلدة او القرية يبر بخروجه وترك اهله ومتاعه فيها اي في البلدة
او القرية لان الرجل لا يعد ساكنا اهله في بلدة وهو ساكن في بلدة اخرى وكذا القرية
وقال بعضهم القرية بمنزلة الدار في الحكم قال صاحب العناية والحكم في ذلك العرف
ليس الا وفي لا يخرج من المسجد مثلا فامر من حمله واخرجه حنث لان فعل المامور
مضاف الى الامر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت الدابة ولو حمل واخرج بلا امره
مكرها او راضيا لا يحنث اما اذا اخرج مكرها فلان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر
واما اذا حمل واخرج بلا امره راضيا فلان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا واذا هدد
فخرج خوفا منه يحنث لوجود الفعل منه ومثله لا يدخل حتى لو امر من حمله و
ادخل يحنث ولو حمل وادخل بلا امره مكرها او راضيا لا يحنث وفي لا يخرج من داره
الا الى جنازة فخرج اليها ثم الى حاجة اخرى لا يحنث لان الموجود خروج مستثنى
والمضي بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج
ولم يوجد وفي لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على
قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج كما ذكرنا انفا هو الانفصال من الداخل الى
الخارج وفي لا ياتيها لا يحنث ما لم يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول اليه
والذهاب كالخروج في الاصح والحاصل ان ههنا ثلاثة الفاظ الخروج والاتيان
والذهاب الاول شرط الحنث فيه الانفصال بمجاوزة العمران قاصدا لذلك
دون الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا الاية فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا
او لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان
لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج
لان الذهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة
بمعنى واحد قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اهل البيت والاذهاب الازالة يريد الله
فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال صاحب الهداية وهو الاصح
لانه عبارة عن الزوال انتهى بيانه ان الذهاب ازالة لا يفتقر الى وصول الزائل
الى محل اخر وكذلك الذهاب الذي هو الزوال لا يشترط فيه الوصول ايضا قال صاحب
الكافي وهذا الاختلاف فيما اذا لم يكن له نية فان الخروج والاتيان نظيرها ان نوى
لانه يحتمل كل واحد منهما انتهى وفي ليأتين فلانا فلم يأته حتى مات حنث في اخر اجزاء حياته
لان البر قبل ذلك مرجو وان قيد الاتيان عنا بالاستطاعة يعني لو قال ليأتينه
غدا ان استطاع فهو محمول على سلامة الاسباب وعدم الموانع دون القدرة الحقيقية
اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما سلامة الاسباب والالات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه سبيلا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني
القدرة الحقيقية التي يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلقها الله تعالى عند الفعل
لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع على ما تقرر في كتب الكلام
اذا عرفت هذا فاعلم ان فيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول دون الثاني لانه هو المتعارف والمعنى

خلاف الظ

فلو لم تأت ولا مانع فيه من مرض او سلطان حنث ولو نوى الاستطاعة الحقيقية يعني المعنى الثاني صدق ديانة لا قضاء في المختار لانه ما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء فما اسطاعوا ان يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا انه خلاف الظاهر لان المتعارف هو الاول فلا يصدق ثم القاضي ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى حقيقة كلامه وقيل يصدق قال الامام قضاء ايضا لما ثبت انه نوى حقيقة كلامه وهذا بناء على انه اذا نوى حقيقة كلامه والظاهر يخالفها صدق ديانة وقضاء وان كان يخالفها فني يصدق فيه قضاء روايتان والمختار عدم التصديق وهذا قال في المختار وفي لا تخرج امرأته الا باذنه اي باذن الزوج شرط الاذن لكل خروج لان الاصل ان النكرة في موضع النفي تعم وان الفعل يدل على المصدر وان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه وان الباء يقتضي الملصقا فيصير التقدير لا تخرج امرأته خروجا الا خروجا ملصقا باذنه فيكون ما وراء الخروج المقرون بالاذن باقيا تحت الحظر العام فيحنث اذا وجد الخروج لا عن اذن لوجود شرط الحنث كقوله ان خرجت من الدار الا بملحفة فانت طالق فخرجت بملحفة لا تطلق ولو خرجت بلا ملحفة تطلق ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء وفي لا تخرج امرأته الا ان اذن يكفي الاذن مرة فلا يحنث ان خرجت بلا اذن بعد ما خرجت باذن مرة لانه لا يمكن حمله على حقيقة الاستثناء لان الاذن ليس من جنس الخروج فحمل على الغاية لمناسبة بينهما فان الغاية قصر لامتداد المغيا وبيان لانتهائه كما ان الاستثناء قصر للمستثنى منه وبيان لانتهاء حكمه ويمكن ان يراد الا وقت اذني بان يجعل المصدر حينئذ فيجب لكل خروج اذن والجواب انه اذا اذن مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بلا اذن فعلى التأويل الاول لا يحنث وعلى الثاني يحنث فلا يحنث بالشك قال صاحب الكافي وقوله الا ان اذن لك يحتمل الغاية ... ولو قال حتى اذن لك فاذن لها مرة سقطت اليمين ولا يحنث بعد ذلك ان خرجت بغير اذنه لان حتى للغاية فتنتهي اليمين بها وهو الاصل فكذا هنا وعند الفراء كالا باذني فيحنث لان ان مع الفعل مصدر ولا اتصال للمصدر بما قبله الا بحرف فوجب تقدير الباء فيصير كقوله الا باذني وهذا قال لتحقيق الاستثناء والعمل به واجب ما امكن حقيقة والغاية مجاز ولنا قوله تعالى الا ان تغمضوا فيه والا ان يحاط بكم اي حتى تغمضوا وحتى ان يحاط بكم انتهى واعترض علينا بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم ويجب تكرار الاذن واجيب بان ذلك بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي كذا في العناية وفي لا تخرج الا باذنه لو اذن لها في الخروج متى شاءت يعني اذا قال ان خرجت الا باذني فانت طالق ثم قال لها اذنت لك ان تخرج كلما شئت ثم نهاها عن الخروج فخرجت يحنث عند ابي يوسف لانه لما اذن لها بالخروج متى شاءت فقد اتصل الاذن بجميع الخروجات الممكنة ففات شرط الحنث وهو الخروج بغير اذن فبطل اليمين لفوات شرطها والنهي لا يعيد خلافا لمحمد لان النهي بطل بالنهي فكان خروجا بغير اذنه ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق او ارادت ضرب العبد فقال ان ضربته فانت طالق تقيد الحنث بالفعل اي بالخروج او ضرب العبد فورا حتى لو لبثت ثم فعلت اي خرجت او ضربت لا يحنث وهذه تسمى يمين الفور وهذه من الاصل من تفردات الامام ابي حنيفة اذ اظهرت ... الحاجة التي لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج ساعة من فوره ثم ان ابا حنيفة رحمه الله تفرد باظهار هذه اليمين اي باستنباطها ولم يسبقه احد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا وموقتة كلا يفعل كذا اليوم ثم اخرج ابو حنيفة رحمه الله قسما ثالثا وهو اليمين الموقتة معنى المطلقة لفظا واخذ من حديث جابر رضي الله عنه وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا ووجهه ان مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضربة عرفا فيتقيد بذلك لان المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم والعرف له اعتبار في باب

قال الآخر

قال لآخر اجلس فتغد معي فقال ان تغديت فكذا لا يحنث بالتغدي لا معه والتبادر يحنث وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لانه عقد يمينه على مطلق الغداء فينصرف الى كل غداء كما لو قال ابتداء والله لا اتغدى ولنا انه عقد يمينه على غداء بعينه وهو الغداء المدعو اليه فلا يحنث بغداء آخر كما لو نص عليه وقال ان تغديت هنا اليوم فكذا وهذا لان كلامه خرج جوابا لسؤاله وقد امكن ان يجعل جوابا اذ لم يزد على قدر الجواب فيجعل جوابا والسؤال وقع عن غداء بعينه وانما يثبت هنا في السؤال يثبت في الجواب لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال بخلاف ما لو قال ابتداء لان كلامه لم يخرج جوابا حتى يتقيد بل خرج ابتداء وهو مطلق فانصرف الى كل غداء ولو قال معه في ذلك اليوم الا ان قال ان تغديت اليوم فيحنث بالتغدي في اليوم سواء كان معه او لا معه لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ لان في تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة قال قيل الزيادة لا تمنع كونه جوابا للسؤال الا ترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكأ عليها واهش بها على غنمي ولي فيها مآرب اخرى في جواب قوله وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو ان يقول عصاي ولم يخرج عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب الهداية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية قال صاحب العناية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا ان ما يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم يكن ما ذكر سيئا ولكن لا تنال السنة الى موسى عليه السلام لا يكون اوصافه وان كانت لا يكون اوصافا للعصا قال المولى الفاضل حسن افندي قال العلامة الشريف في شرح المفتاح استعمالها في السؤال عن وصف اولي العلم او عن حكم كثير في اللغة فيما ذكره الشارح بحث ثم قال وانت خبير بانه لا مانع من التأويل بحيث يكون اوصافا للعصا انتهى ثم قال صاحب العناية اقول الزيادة على حرف الجواب لا تخرجه عن كونه جوابا البتة وانما يخرجه ويجعل كلاما مبتدأ اذا كان ثمة صارف يمنع حمله على اعمال الزيادة كما في المسألة ولم يوجد في الآية ذلك فلم تخرجه الزيادة عن كونه جوابا وفي لا يركب دابة فلان قال صاحب العناية الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات اي يتحرك شيئا على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ويتعلق الركوب بها ينبغي ما يركب منها كالفرس والبغل والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين حملها على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير اخذا من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها فذكر الركوب في هذه الانواع الثلاثة واما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله والانعام خلقها لكم لان واختلاف العرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه انه ركب البقر او الفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه انتهى وركب دابة عبد له مأذون لا يحنث الا ان نواه وهو غير مستغرق بالدين اذا قال لا يركب دابة فلان وركب دابة عبده المأذون سواء كان مديونا او غير مديون لا يحنث عند ابي حنيفة اذا لم ينو لان كسب العبد يضاف الى العبد عرفا وشرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فهو للبائع واما اذا نوى ركوب دابة عبده فيحنث بركوب دابة عبده اذا لم يكن مديونا او كان مديونا غير مستغرق وهو واما اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وعند ابي يوسف يحنث مطلقا اي سواء كان غير مديون او مديونا غير مستغرق او مديونا مستغرقا ان نواه لان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فيخل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وعند محمد يحنث مطلقا اي سواء كان غير مديون او مديونا مستغرقا او غير مستغرق وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

وبالاستثناء قوله ولو حنث ارجع الى العبد

باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان السكنى ثم الاكل والشرب واللبس وهذا الباب لبيان اليمين على الثلاثة المذكورة
والكلام الذي لا يوجد اليمين الا به وقدم على مسائل الايمان الآتية من اليمين على العتق والطلاق والبيع والشراء
والحج والصوم والصلاة لانها من انواع الكلام وذكر الجنس مقدم على ذكر النوع يقول الفقير وذكر اليمين
على الكلام في باب على حدة ولم يدرجه في هذا الباب كما وقع في الهداية والكافي واكثر الكتب لكان انسب تدبر
حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو محمول على ثمرها ودبسها غير المطبوخ بل يحصل بالسيلان
لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل وهو النخلة فينصرف الى ما يخرج منها لان الحقيقة اذا تعذرت
او صارت مهجورة الى المجاز وما يخرج منها صالح لكونه مجازا لان ما لا يؤكل سبب لما يخرج منه
فيكون ذكر السبب وارادة المسبب وهو مجاز شائع لكن بشرط ان لا يتغير بصفة جديدة
وعن هنا قيد دبسها بغير المطبوخ وقال لا يحنث بنبيذها وخلها ودبسها المطبوخ
لانها وان كانت مما يخرج منها الا انها تغيرت بصفة جديدة قال صاحب العناية وقيد
الدبس بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم
الدبس على ما يسيل على ما ذكره من الذخيرة وغيره انتهى ولو اكل
من عين النخل لا يحنث لانها حقيقة مهجورة ولا ياكل من هذه الشاة فهو واقع
على اللحم دون اللبن والزبد لان عين الشاة غير ماكول فانصرفت اليمين الى اللحم خاصة
فلا يحنث باللبن والزبد والسمن والزبد بضم الزاء المعجمة معروف
والسمن بفتح السين المهملة وكسر هاء معروف ايضا وفي لا ياكل من هذا البسر
فاكله رطبا لا يحنث وكذا الا ياكل من هذا الرطب او اللبن فاكله تمرا في الاول وشيرازا
في الثاني لا يحنث لان هذه صفات داعية الى اليمين فتتقيد بها وقد صرح في الكافي
وغيره ان الصفة في المعين لغو الا اذا كانت داعية الى اليمين كما في هذه المسائل اذ ربما
يضر البسر ولا يضر الرطب وكذلك العكس وربما يضر اللبن ولا يضر الشيراز
والشيراز بكسر الشين المعجمة وسكون الياء المثناة وبعدها راء مهملة وبعد الالف
بعدها زاء معجمة اللبن الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج بخلاف لا يكلم هذا
الصبي فكلمه شابا او شيخا او لا ياكل هذا الحمل فاكله كبشا فانه يحنث
لان تلك الاوصاف غير داعية الى اليمين اما الصبي فلان الشرع امرنا بالتحمل باخلاق الصبيان و
مداراة الصبيان واما الحمل فلان الامتناع عن لحمه اقل من الامتناع عن لحم الكبش فلا يكون
الصفة داعية الى اليمين فتعينت الذات وانما هي مجردة يقول الفقير يمكن ان يخرج من هذه
وضابطها مسئلة اخرى وهي انه اذا حلف لا يكلم هذا الامرد او الغلام فتكلم بعدما صار
ملتحيا او شيخا ينبغي ان لا يحنث لان الصفة فيها داعية الى اليمين حذرا عن الوقوع
في الفتنة تدبر وفي لا ياكل بسرا فاكل رطبا لا يحنث لانه ليس بسرا والفرق
بين هذه المسئلة وبين ما تقدم ان صفة البسرية والرطبية وجدت ثابتة في المعين وكان
مقتضى قولهم الصفة وجدت في المعين لغوا ان يكون لغوا لكنها لم تبلغ لكون الصفة
داعية الى اليمين على ما بينا آنفا وههنا وجدت الصفة في المنكر وهي فيه معتبرة اهـ
قال صاحب الدرر فظهر من هنا ان قول صدر الشريعة واعلم انه لا فرق بين قولنا
لا ياكل من هذا البسر فاكله رطبا وبين قولنا لا ياكل بسرا فاكل رطبا بناء على
ان البسر والرطب من اسماء الاجناس فاذا صار رطبا صار ماهية اخرى
كما بينا فلا يدخل بينا مع كونه مبنيا على كلام المشائخ في اول الباب مخالف لكلام
صاحب الهداية والكافي وغيرها ان صفة البسرية والرطبية داعية الى اليمين
فان اعتبار صفة البسرية ونحوها ينافي اعتبار كون البسر ونحوه من اسماء الاجناس
وان كان البسر ونحوه اسم جنس في الواقع فتدبر واستقم انتهى

ولو اكل مذنبا

ولو اكل مذنبا بعد ما حلف لا ياكل بسرا حنث وكذا لو اكله اي المذنب بعد ما حلف
لا ياكل رطبا عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث فيهما قال صاحب العناية هذه المسئلة على اربعة اوجه
اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من قبل ذنبه وجانبه
انه هو الذي على انه بسر وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم جميعا وكذا اذا حلف لا ياكل
رطبا فاكل رطبا مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث ايضا في قولهم ولو حلف لا ياكل
بسرا فاكل رطبا فيه شيء من البسر حنث في قول ابي حنيفة وقالا لا يحنث ولو حلف لا ياكل رطبا
فاكل بسرا فيه شيء من الرطب حنث عنده ايضا خلافا لهما له ان الرطب المذنب ما يكون في
ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب فيحنث في
الصورتين ولهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا ياكل بسرا فاكل
الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك العكس انتهى يقول الفقير
فعلى هذا التفصيل كان في تحرير المصنف شيء لان الخلاف بينهم فيما اذا اكل رطبا مذنبا في لا ياكل
بسرا او اكل بسرا مذنبا في لا ياكل رطبا لا فيما اذا اكل بسرا مذنبا في لا ياكل بسرا او اكل
رطبا مذنبا في لا ياكل رطبا والمفهوم من ظاهر كلامهم الاطلاق تدبر حتى يظهر لك ما فيه
ثم اعلم ان محمدا مع ابي يوسف على ما ذكره صاحب الهداية ومع ابي حنيفة في شروح الجامع الصغير
والمنظومة والاسرار والايضاح حتى قال صاحب النهاية بعد التفصيل والتوضيح
والله اعلم بالصحيح والصريح اختار ما اختاره صاحب الهداية ولو اكله اي المذنب سواء
كان رطبا مذنبا او بسرا مذنبا بعد حلفه لا ياكل رطبا ولا بسرا حنث اتفاقا وهنا
وفي لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر الكباسة بكسر الكاف وبالباء الموحدة و
السين المهملة العذق الذي هو من التمر بمنزلة العنقود من العنب فيها رطب لا يحنث
لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع بخلاف ما لو كان اليمين على الاكل فانه يحنث
لان الاكل يصادف شيئا فشيئا فكان كل واحد مقصودا كما لو حلف لا يشتري شعيرا
او لا ياكل فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل لا الشراء لما ذكر
كما لو حلف لا يشتري رطبا واشترى بسرا مذنبا فانه لا يحنث لما ذكر ان المغلوب تابع
وفي لا ياكل لحما او بيضا فاكل لحم سمك او بيضه لا يحنث والقياس ان يحنث باكل
لحم سمك لانه سمي لحما في القرآن حيث قال تعالى لحما طريا وجه الاستحسان ان التسمية
مجازية لان اللحم منشاؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء والاصل ان اللفظ اذا
تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور
لان اللحم من الالتحام ولا التحام الا بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف
وقال صاحب الهداية لا دم فيه جعل بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم فيه
فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه اصول الفقه تتبع قال صاحب البزازية حلف
لا ياكل لحما ولا نية له لا يحنث باكل لحم السمك وان نوى يحنث اما البيض فانه لا يدخل
بيض السمك في لا ياكل بيضا للعرف فان اسم البيض عرفا يتناول بيض الطير كالدجاج
والاوز مما له قشر فلا يدخل فيه بيض السمك الا بالنية لانه بيض حقيقة وفيه تشديد
على نفسه كذا في الاختيار وكذا في الشراء اي حلف لا يشتري لحما او بيضا فاشترى لحم السمك
او بيضه لا يحنث ولو اكل لحم انسان او خنزير في لا ياكل لحما حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام
واليمين قد تعقد للمنع عن الحرام قال ابن الملك في شرح مجمع البحرين نقلا عن العتابي انه لا
يحنث لانه لا يستعمل استعمال اللحوم وقال صاحب الكافي بعدما نقل ايضا عن العتابي عليه
واعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير
والانسان حرام محض فكيف تعلق وجوبها به قال صاحب العناية واجيب عنه بان هذا
مغالطة لان الكفارة تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وقد يكون الحنث بارتكاب مباح
او حرام لا مدخل له في ذلك واشار صاحب الهداية الى هذا بقوله واليمين قد تعقد للمنع من الحرام

وكذا يحنث لو اكل كبداً او كرشاً بعدما حلف لا ياكل لحماً لان كل واحد منهما لحم حقيقة
فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم والمختار انه لا يحنث بهما اي باكل الكبد والكرش
في عرفنا قال صاحب الاختيار والكرش والكبد والالية والفواد والراس والاكارع
والامعاء والطحال لحم لانها تباع مع اللحم وهذا في عرفهم على ما رآه ابوح رح في زمنه في الكوفة
واما في البلاد التي لا تباع مع اللحم فلا يحنث اعتباراً للعرف في كل بلدة في كل زمان فيكون
الاختلاف اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان كما لو اكل الية بعدما
حلف لا ياكل لحماً فانه لا يحنث لانه نوع آخر حتى لا يستعمل استعمال اللحم وفي لا ياكل شحماً يتقيد
بشحم البطن فلا يحنث بشحم الظهر عند ابح رح خلافاً لهما فانه يحنث بشحم الظهر ايضا عندهما
لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله ان شحم الظهر لحم حقيقة الا ترى
انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث
ببيعه في اليمين على بيع الشحم قال صاحب الهداية هذا الاختلاف فيما كان بالعربية
واما اسم پيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال ولو اكل الية او لحماً بعدما
حلف لا ياكل شحماً لا يحنث اتفاقاً اما الالية فلانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال
اللحوم ولا استعمال الشحوم واما اللحم فظ وفي لا ياكل من هذه الحنطة يتقيد
باكلها قضماً وهو الاكل باطراف الاسنان من باب علم يعلم فلا يحنث باكل خبزها
عند ابح رح خلافاً لهما فانه يحنث باكل خبزها عندهما لانه مفهوم منه عرفاً وله ان له حقيقة
مستعملة فانها تقلى وتؤكل قضماً وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده
ولو قضمها حنث عندهما ايضا هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في
دار فلان فانه يحنث بدخولها مطلقاً سواء كان راكباً او ماشياً او حافياً او متنعلاً
فان المعنى الحقيقي ههنا مهجور اذ لو اضطجع ووضع قدميه في الدار لا يحنث بكون باقي
جسده خارج الدار لا يقال في العرف انه وضع القدم في الدار فاهجر المعنى الحقيقي
اريد به معنى مجازي وهو الدخول مطلقاً بقرينة العرف وانما وضع المسئلة في الحنطة
العينة لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي
ح رح كالجواب منهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في ايمان الاصل
قال صاحب العناية وهذه المسئلة على اوجه احدها ان ينوي ان لا ياكل حباتها
فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فيتقيد
اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا ياكل ما يتخذ منها لا يحنث باكل عينها
والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لا يحنث عند ابح رح خلافاً لهما
وفي لا ياكل من هذا الدقيق يحنث باكل خبزه لا بسفه لان عينه غير ماكول فكانت
الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استفه او اكله كما هو
على الكف غير مضغ لا يحنث في الصحيح احترازاً عن قول بعض المشايخ انه يحنث
بالسف لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط وهذا
لان عين الدقيق ماكول والاصح انه لا يحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت
اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك
فعبده حر فزنى بها لا يحنث لان يمينه لما انصرفت الى العقد لم يتناول حقيقة الوطء
والخبز يقع على ما اعتاده اهل مصر اي مصر الحالف كخبز البر والشعير يعني لو حلف
لا ياكل خبزاً فيمينه تقع على ما يعتاد اهل مصره اكله وفي ذلك خبز البر والشعير لانه هو
المعتاد في غالب البلدان فلا يحنث بخبز القطايف لانه لا يسمى خبزاً مطلقاً
او خبز الارز بالعراق فانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في غيرها طعامهم
ذلك يحنث الا اذا نواه فانه يحنث به لانه محتمل والشواء يقع على اللحم
لا على الباذنجان والجزر بالجيم وبعده الزاء المعجمة واخره الراء المهملة اي زردك

وتكسر الجيم

وتكسر الجيم وهو ... ووضع ورقه ملفوفاً على ... ناضج كذا في ...
والبيض لان لفظ الشواء يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق بحسب العرف الا اذا نواه
الا اذا نوى ما يشوى من باذنجان او جزر او بيض وغيرها لان الشواء ما يجعل في النار
ليسهل اكله وهو موجود في كل ما ذكر الا ان العرف اختصه باللحم فاذا نوى العموم يحنث
لان فيه تشديداً عليه والطبيخ يقع على ما يطبخ من اللحم بالماء وعلى مرقه يعني
لو حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم بالماء وعلى مرقه حتى لو اكل اللحم المطبوخ
بالماء او مرقه يحنث ولا يحنث باكل غيرهما اعتباراً للعرف وهذا لان التعميم متعذر
لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين انه لم يرد ذلك فيصرف الى خاص
هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء ومرقه لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخاً
عرفاً قالوا قيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لا تسمى مطبوخاً فلا يحنث
باكلها الا اذا نوى غيره فح يحنث باكله لان فيه تشديداً عليه والراس يقع
على ما يباع في مصره ويكبس في التنانير اي يدخل فيها من كبس الرجل
راسه في جيب قميصه اذا ادخله فيه قال صاحب الهداية وفي الجامع الصغير
لو حلف لا ياكل راساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابح رح وقال ابو يوسف
ومحمد على رؤوس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة
وبرهان وقد كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي
زماننا يفتى على حسب العادة قال صاحب العناية واعترض على هذا بان لحم
الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف
لا ياكل لحماً واجيب بان حاصل الفرق بان الراس غير ماكول بجميع اجزائه لان
العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في
التنانير ويباع في الاسواق واما اللحم فيؤكل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة
فلا تترك باكل لحم الانسان والخنزير وفيه اعراض عن اخراج الطلب عنه ان شئت
والفاكهة تقع على التفاح والبطيخ والمشمش عند ابح رح وعندهما تقع
على العنب والرطب والرمان ايضا كما تقع على الثلاثة المذكورة ولا تقع
على القثاء والخيار اتفاقاً قال صاحب الهداية ولو حلف لا ياكل فاكهة
فاكل عنباً او رماناً او رطباً او قثاء او خياراً لا يحنث وان اكل تفاحاً
او بطيخاً او مشمشاً حنث وهذا عند ابح رح وقال ابو يوسف ومحمد يحنث
في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل فيه ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل
الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء
بعد ان يكون التفكه به معتاداً حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود
في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول
بيعاً واكلاً فلا يحنث بهما قال صاحب العناية اما بيعاً فلان بايع البقول
هو الذي يبيعهما لا غير واما اكلاً فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع
النعناع والبصل ثم قال صاحب الهداية واما العنب والرطب والرمان
فهما يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم
بغيرها وابوح رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب
هذا المعنى قصوراً في التفكه للاستعمال في حاجة البقاء قال صاحب العناية
فكانت المسئلة على ثلاثة اوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على
كل شيء سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس
وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثاء لانهما يوكلان مع البقول
وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن فيه نية انتهى

ويقع الادام على ما يصطبغ به على بناء المفعول اي يقع الادام على شيء يصطبغ به الخبز بان يكون مايعا
كذا في المغرب كالخل والزيت واللبن حتى لو حلف لا يأتدم يحنث باكل ما يصطبغ به كالاشياء
وكذا الملح فانه ادام لا اللحم والبيض والجبن الا بالنية عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد
هي اي اللحم والبيض والجبن ادام ايضا كالخل والزيت واللبن والملح وهو رواية عن ابي يوسف
لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة فكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض والجبن ونحوها
ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا في العرف والعادة والتبعية والاختلاط حقيقة بان يكون
ممتزجا به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما واللحم لا يختلط بالخبز فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل
منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما والخل وغيره من المايعات لا يؤكل وحدها بل
يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة فيكون تبعا فيحنث به ولا يحنث باللحم والبيض والجبن ونحوها
الا ان ينوي لان فيه التشديد عليه والعنب والبطيخ ليسا بادام في الصحيح يعني بالاتفاق
كذا ذكره شمس الائمة السرخسي قال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف وحاصل المقسم
انه على ثلاثة اوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها
مما يؤكل وحده فليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن اختلف جعلها محمد اداما
خلافا لهما والغداء الاكل فيما بين طلوع الفجر والزوال فاذا حلف لا يتغدى
يحنث بالاكل فيما بين طلوع الفجر والزوال قال صاحب النهاية في قول صاحب الهداية
والغداء الاكل هذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء وكذا قوله والعشاء وقوله والسحور
على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداء لا اسم الاكل وكذا العشاء اسم
لطعام العشاء والسحور اسم لطعام يؤكل وقت السحر والعشاء الاكل فيما بين الزوال ونصف
الليل فاذا حلف لا يتعشى يحنث بالاكل فيما بين الزوال ونصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا
ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث قال صاحب العناية ذكر في الايضاح
في باب الحلف على الغداء وروي في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى احدى صلاتي العشاء
ركعتين يريد به الظهر والعصر انتهى والسحور الاكل فيما بين نصف
الليل وطلوع الفجر فاذا حلف لا يتسحر يحنث بالاكل فيما بين نصف الليل وطلوع الفجر
ثم الغداء والعشاء هو الذي يقصد به الشبع عادة فيعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم يعني ان
كانت عادتهم اكل الخبز فيعتبر الخبز وان كانت اكل اللحم فيعتبر اللحم حتى ان الحضري اذا
حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه ويشترط ان يكون
اكثر من نصف الشبع هكذا روي عن ابي يوسف وهو الصحيح لان من اكل لقمة او لقمتين
يصح ان يقول ما تغديت ولا تعشيت كذا في العناية وغيره من الكتب يقول الفقير
تخصيصهم هنا التفصيل بالغداء والعشاء بدون التعرض للسحور يدل على انه لا يشترط هنا
في السحور حتى من اكل لقمة او لقمتين يحنث وكذا لو شرب الحضري اللبن تدبر
وان اكلت او شربت او لبست او كلمت او تزوجت او خرجت فكذا ونوى شيئا
معينا لا يصدق ديانة وقضاء لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه
غير مذكور تنصيصا وانما هو مقتضى اقتضاء وقد ثبت في الاصول ان المقتضى لا عموم له
فلغت نية التخصيص فيه وعند الشافعي يصدق لان للمقتضي عموما عنده وعن ابي يوسف
انه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وبه اخذ الخصاف كذا في الكافي ولو زاد طعاما او ماء
او نحوه او زاد ثوبا او فلانا او فلانة او من دار او نحو شيئا معينا صدق ديانة
لا قضاء لانه نكرة في محل الشرط والنكرة في موضع الشرط نكرة
في موضع النفي اذ الشرط للنفي والنفي والنكرة في موضع النفي تعم فعملت
نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء كما لو قال
ان اغتسل في هذه الدار احد من جنابة ونوى انسانا بعينه فانه يصدق
فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء ٥

وقوله لا يشرب

وفي لا يشرب من دجلة لا يحنث بشربه منها باناء ما لم يكرع اي ما لم يضع فاه على دجلة بعينها
ويشرب يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه وهذا عند ابي ح خلافا لهما
فانه يحنث بشربه منها باناء عندهما لانه المتعارف المفهوم ولابي ح ان كلمة من للتبعيض
وحقيقته الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان
متعارفا والاصل انه متى كان لليمين حقيقة مستعملة ومجاز متعارف مستعمل فعند ابي ح العبرة
للحقيقة حاجة لانه لا يجوز اهدار الحقيقة الا عند الضرورة وذلك بان تكون مهجورة مهملة
كما قيل في سفا الدقيق وعندهما العبرة للمجاز والحقيقة جميعا لكن للاستعمال والعرف
فابو ح يقول الكرع حقيقة مستعملة ولهذا يحنث به بالاجماع وهما يقولان استعمال المجاز
اكثر لان الكرع انما يستعمل عادة عند عدم الاواني فيعتبر كل واحد منهما ومن اصحابنا
من قال ان ابا حنيفة شاهد العرب بالكوفة يكرعون ظاهرا معتادا فحمل اليمين عليه وهما
شاهدا الناس بعد ذلك لا يفعلونه الا نادرا فلم يحملا اليمين عليه ولو شرب من نهر
يأخذ من دجلة لم يحنث بالاجماع لان الاضافة قد زالت بالانتقال الى نهر غيرها فصار
كما اذا حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب في كوز اخر وهذه المسئلة تشهد
لابي ح لاختصاص اليمين عندهم بدجلة دون ما انتقل اليه منها كذا في الاختيار
وان قال لا يشرب من ماء دجلة حنث بالاناء بالاتفاق لان اليمين عقدت على الماء دون النهر
وقد وجد واذا شرب من نهر يأخذ من دجلة حنث ايضا وكذا في الجب والبئر
يعني لو حلف لا يشرب من الجب او البئر يحنث بالاناء قال صاحب الاختيار وهذا
في البئر لانه لا يمكن الشرب منها الا بالاناء حتى قالوا لو نزل البئر وكرع لا يحنث لان
الحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحد والحقيقة مهجورة واما الجب ان كان ملآنا
يمكن الشرب منه لا يحنث الا بالكرع عند ابي ح كما في النهر وان لم يمكن الشرب منه كرعا
يحنث بالاغتراف وما شرب من الاناء والفرق بين البئر والجب العموم والخصوص المطلق
والاعم البئر قال الزجاج الجب البئر التي لم تطو سميت جبا لانها قطعت قطعا ولم يحدث
فيها غير القطع من طي كذا في تفسير ابي الليث وفي الاناء بعينه يعني لو حلف
لا يشرب من هذا الاناء فهو على الشرب بعينه لانه المتعارف فيه وامكان البر
شرط صحة الحلف عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف يعني ان اليمين انما تنعقد
عند ابي ح ومحمد اذا كان المحلوف عليه ممكن الوقوع سواء كان الحلف بالله او الطلاق
او العتاق خلافا لابي يوسف وخلاصته ان اليمين عقد كساير العقود الشرعية
فلا بد له من محل وعنده محله في المستقبل سواء قدر عليه الحالف او لا وعندهما محله
خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشيء ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وهو لا يتحقق
فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا ينعقد اصلا كيمين الغموس فمن حلف ليشربن
ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه او كان فيه ماء فصب قبل مضيه اي قبل مضي اليوم
لا يحنث عندهما لانتفاء الشرط وهو امكان البر خلافا لابي يوسف لانه
يصح الحلف عنده بدون شرط امكان البر وكذا لا يحنث ان لم يقل
اليوم ولا ماء فيه الا ان كان فيه ماء فصب فانه يحنث بالاتفاق لان البر
وجب عليه اذا فرغ من التكلم لكن موسعا بشرط ان لا يفوته في عمره والبر ممكن عند
الفراغ منه فانعقد اليمين حتى لو امتنع البر بان صب الماء عقيب اليمين بلا تراخ
لا ينعقد فان قيل فهلا انعقدت اليمين على الماء الذي يوجده الله تعالى في الكوز
لان ذا ممكن متصور قلنا الماء الذي يوجده الله تعالى لا يكون ذلك الماء الذي
عقد اليمين عليه فان اليمين تتناول المعدوم والموجود لا يكون هو المعدوم فان
قيل اعتبر القول بانعقاد اليمين موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا شرط انعقاد
السبب في حق الخلف احتمال الانعقاد في حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم تصور البر ووجه الفرق بين المطلق والموقت مذكور في الكافي والهداية ٥

وفي ليصعدن السماء او ليطيرن في الهواء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا او ليقتلن زيدا
عالما بموته انعقدت اليمين وحنث للحال خلافا لزفر لانه يستحيل عادة فاشبه
المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان الصعود الى السماء ممكن حتى وقع لبعض الانبياء
عليهم السلام وللجن حيث قال وانا لمسنا السماء الاية وكذا الطيران في الهواء ممكن وواقع
لبعض الاولياء رزقنا الله اسرار ارواحهم وفتح علينا فتوحهم وكذا قلب الحجر ذهبا ممكن في نفسه
واقع لبعض الاخيار وكذا قتله ممكن بعد احياء الله تعالى وههنا قيده بكونه عالما بموته
لان علمه بموته قرينة على ان مراده قتله بعد احياء الله تعالى واذا امكن البر هنا الطريق
ينعقد اليمين فيحنث في الحال لعجزه عن تحقيق البر ظاهرا وهذا كاف للحنث
وان لم يعلم بموته فلا يحنث لانه اذا لم يكن عالما بموته يكون مراده القتل المتعارف
ولما كان ميتا كان ذلك ممتنعا حقيقة فلا يحنث بشرط انعقاد اليمين هو امكان البر
خلافا لابي يوسف لان امكان البر ليس بشرط لانعقاد اليمين
وفي لا يتكلم فقرأ القرآن او سبح او هلل او كبر لا يحنث سواء في الصلاة
او خارجها هو المختار وقال بعضهم ان قرأ او سبح او هلل او كبر في صلاة لا يحنث
وان في غير صلاة حنث وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لان كل واحد منهما
كلام حقيقة قال صاحب التسهيل ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن او سبح او هلل او
كبر لم يحنث سواء في الصلاة او غيرها لانه لا يسمى متكلما بل قاريا ومسبحا ومهللا
ومكبرا للعرف وبه يفتي ويحنث لو قرأ او سبح او هلل او كبر في غير الصلاة في الظاهر انتهى
وفي لا يكلم فكلم بحيث يسمع وهو نائم حنث ان ايقظه لانه اذا ينبه كان كما
اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته قال صاحب الهداية وفي بعض روايات
المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا وقيل يحنث مطلقا سواء ايقظه او لم يوقظه
لانه قد يتغافل ونقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم عبارة عن اسماع
كلامه كما نحكيه نفسه فانه عبارة عن استماع نفسه الا ان استماع الغير امر باطن
لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه
اذنه ولم يكن مانع من السماع لسمع وصار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاستماع
ولو كلم غيره بعد ما حلف لا يكلمه وقصد سماعه لا يحنث لانه لم يكلمه حقيقة
ولو سلم على جماعة هو فيهم لان السلام كلام الجميع وان نواهم دونه لا يحنث
لعلم القصد اليه قال صاحب الاختيار وان نواهم دونه لا يحنث ديانة لعدم القصد
ولا يصدق قضاء لان الظاهر انه للجماعة والنية لا يطلع عليها الحاكم ولو قال لا يكلمه
الا باذنه فاذن ولم يعلم الحالف بالاذن فكلم حنث عند ابي حنيفة ومحمد لان الاذن
مشتق من الاذان الذي هو اعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع
خلافا لابي يوسف فانه قال لا يحنث لان الاذن عبارة عن الاطلاق وقد وجد
فلا يشترط علم غيره كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر
انه من الاعلام او من الوقوع في الاذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد واعترض بانه
لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا اذن لمولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا
فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن واجيب بان الاذن هناك الحجر في
حق العبد والعبد يتصرف باهلية نفسه ومالكيته فيثبت بمجرد الاذن واما اليمين
فلما حرم كلامه باليمين لحقه الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام
وفي لا يكلمه شهرا فمن حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه
فبقي الذي يلي يمينه داخلا في الايجاب عملا بدلالة حاله وهو الغيظ الذي لحقه في الحال بخلاف ما
اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتأبد اليمين لان الصوم غير صالح للتأبيد فكل
الاوقات التي لا تصلح ان تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فاليه تعيينه

ويوم اكلم

ويوم اكلم لمطلق الوقت حتى لو حلف يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فكلم ليلا او نهارا
حنث لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ
دبره والكلام مما لا يمتد ويصح نية النهار فقط يعني لو قال عنيت به النهار خاصة دين في
القضاء لانه يستعمل فيه ايضا قال الله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة والمراد به بياض
النهار وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه تخصيص وهو خلاف المتعارف
وليلة اكلم يقع على الليل فحسب حتى لو كلم نهارا لا يحنث لانه حقيقة في سواد الليل
كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت وحاصل الكلام ان هنا ثلث
عبارات نهار اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض الزمان خاصة
فلو كلم ليلا لم يحنث والثانية لسواده فلو كلم نهارا لم يحنث والثالثة تعتبر لما قرنت
به فما قرنت به هنا مما لا يمتد فيراد به مطلق الوقت وقد سبق تفصيله مرة قال
صاحب العناية وعدم استعمال الليل في مطلق الوقت اذا كان مفردا واما جمعه
فيتجاوز لمطلق الوقت كما في قول الشاعر وكنا حسبنا كل سوداء تمرة
ليالي لاقينا جذام وحميرا فان المراد بالليالي فيه مطلق الوقت لان ذكر
احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر وذلك اصل اخر
وفي ان كلمته الا ان يقدم زيد او حتى يقدم زيد او الا ان يأذن زيد او
حتى يأذن فامرأتي طالق فكلم قبل ذلك اي قبل قدومه او اذنه حنث لان
كل واحد من القدوم والاذن يكون غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فيحنث بالكلام
قبل الانتهاء ولا يحنث بعد الانتهاء وكونه غاية اما في حتى فظاهر واما في الا فلما تقدم في
باب اليمين في الخروج والاتيان من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية
وان مات زيد سقط الحلف عند ابي حنيفة ومحمد لانتفاء تصور البر وهو شرط الانعقاد
عندهما وعند ابي يوسف لا يسقط بموته لان امكان تصور البر ليس بشرط عنده على ما
سبق فعنده سقوط الغاية بالموت يتأبد اليمين عنه وفي لا يأكل طعام فلان
او لا يدخل دار او لا يلبس ثوبه او لا يركب دابته او لا يكلم عبده ان عين
الطعام او الدار او الثوب او الدابة او العبد وزال ملكه عنها ففعل اي اكل او
دخل او لبس او ركب او كلم لا يحنث عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الداعي
الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان من الطعام والدار والثوب و
الدابة لا تهجر لذواتها وكذا العبد لا يهجر لسقوط منزلته ولحاقه بالجمادات والبهائم
حتى يباع في الاسواق كما يباع الجمادات والبهائم بل لمعنى في ملاكها فيتقيد
اليمين بحال قيام الملك خلافا لمحمد في العبد والدار لان الاضافة للتعريف
والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة
يقول الفقير والعلم في الحقيقة للملك الخبير ليس خلاف محمد في العبد والدار فقط
انما خلافه في جميع الاشياء المذكورة من الطعام والدار والثوب والدابة والعبد
قال صاحب الكافي ولو حلف لا يأكل طعام فلان او لا يدخل دار او لا يركب دابته
او لا يلبس ثوبه او لا يكلم عبده ان اشار الى المضاف وزال ملك المضاف اليه فعل
لا يحنث عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث ثم ساق دليل الطرفين الى اخره
وشراح الكنز باجمعهم نسبوا الخلاف الى محمد في جميع الاشياء المذكورة
لعل ما اوقع المص في هذا الوادي ان صاحب الهداية ذكر مسئلة العبد والمرأة و
الصديق والدار ولم يذكر الاشياء المذكورة من الطعام والثوب والدابة اصلا
فقال حنث في المرأة والصديق ولم يحنث في العبد والدار عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحنث في العبد والدار ايضا ولم يتفطن المص بسياق المسئلة
وسباقها فقال ما قال والعفو يرجى من الكريم المتعالـــــــ

وفي المجتبى من الاشياء المذكورة بان اشترى فلان طعاما اخر او دارا اخرى او ثوبا اخر او دابة اخرى او عبدا اخر ففعل الحالف الافعال المذكورة من الاكل والدخول واللبس والركوب والتكلم لا يحنث اتفاقا اعتبارا للاشارة وان لم يعين الحالف بان قال لا ياكل طعام فلان او لا يدخل دار او لا يلبس ثوبه او لا يركب دابته او لا يكلم عبده ولم يعين كل واحد منها لا يحنث لو فعل الافعال المذكورة بعد الزوال بيع زوال الملك فلان لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان ولم يوجد فلا يلزم الحنث ويحنث بالمتجدد اى بالفعل في المتجدد ملكا لان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه قال صاحب الكافي وعن ابي يوسف انه لا يحنث في المتجدد ملكا في الدار لان الدار لا يستحدث عليه فهو آخر ما يباع واول ما يشترى فلا يكون الدار التي ملكها الحالف بعد اليمين لغير الحالف بل يكون مضافة اليه والى البائع فتتقيد اليمين المضافة اليها بالقائم في ملكه وقت الحلف وعنه في رواية انه يتقيد اليمين في الجميع بالقائم في ملكه وقت الحلف انتهى يقول الفقير لعل وجه هذه الرواية ان كون المستحدث آخر ما يباع واول ما يشترى غير مخصوص بالدار بل هو جار في كل ما يملك فيقتضي هذا العموم كون اليمين مقيدة في الجميع بالقائم في ملكه وقت الحلف تنبيه في لا يكلم امراته او صديقه يحنث في المعين سواء على تقدير ان يقول لا يكلم امراته على تقدير ان يقول لا يكلم امراة هذه وصديقه هذا بعد الابانة في المراة والمعاداة في الصديق اجماعا لان كل واحد منهما يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لانه لم يبين اعلم بقول لا اكلم امراة فلان او صديقه لانه عدو لي مثلا فلا يشترط دوام الاضافة بخلاف ما مر لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها على ما بينا وفي غيره اي في غير المعين كان يقول لا يكلم امراته او صديقه لا يحنث بعد الابانة والمعاداة لان هجران الحر لغيره محتمل فاذا زال الاشارة دل ذلك على هذا المحتمل اذ لو كان لعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة مع وجود الاحتمال الا في رواية عن محمد فانه يحنث ايضا في غير المعين بعد الابانة والمعاداة على هذه الرواية لان الاضافة للتعريف محض اذ الحر مقصود بالهجران فلا يتقيد اليمين بالاضافة ويحنث بالمتجدد بان اخذ صديقا او تزوج امراة بعد الحلف فكلمه ذكر في الكافي انه حنثه بالمتجدد ايضا قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يحنث وكذا في الرمز شرح الكنز وفي لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه الطيلسان فكلم حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه كانه قال لا اكلم هذا بالاشارة الى الصاحب والطيلسان على وزن فيعلان بحركات اللام واحد الطيالسة وهي الثياب التي يلبس في الشتاء وقال صاحب المغرب الطيلسان من لباس العجم مدور اسود ومنه قولهم في الشتم يا ابن الطيلسان يراد انك عجمي وعن ابي يوسف في قلب الرداء في الاستسقاء ان يجعل سفله اعلاه فان كان طيلسانا لا اسفل له او خميصة او كساء يثقل قلبها حول يمينه على شماله وفي جمع التفاريق الطيالسة لحمتها وسداها صوف والطيلس لغة فيه لا اكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان ولا نية له فهو يقع على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال الامام البغوي في معالم التنزيل يعني هل اتى على آدم حين من الدهر يعني اربعون ملقى في طين بين مكة والطائف قبل ان ينفخ فيه الروح انتهى وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها

قال ابو بكر

قال ابن عباس رضي الله عنهما انه ستة اشهر وهذا هو الوسط فيصرف اليه بلا نية وهذا لان القليل لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لانه لو اراد ذلك يترك ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت عنه كان اليمين بحيث ذكر لا بد له من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الوسط وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد ومعها اي مع النية ما نوى من الزمان الكبير والقليل والوسط لانه نوى حقيقة كلامه وان قال لا اكلم الدهر او الابد معرفة باللام فهو على العمر لان الدهر والابد يراد بهما العمر قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر فقد جعل الحين جزء من الدهر فثبت انه اراد به الابد وقال عليه السلام من صام الابد فلا صيام له وقال ايضا لا صيام من صام الدهر ولا افطر فيكون محمولا على العمر لو قال لا اكلم الدهر او الابد اتفاقا وقيل الخلاف ثابت في الدهر معرفا ومنكرا الاول هو الصحيح كذا في الكافي ولو قال لا اكلم دهرا فقد توقف الامام فيه وقال لا ادري ما معناه حين سئل عنه والتوقف عند عدم المرجح من الكمال وفي الجامع الصغير توقف ابو حنيفة في اربع مسائل احدها هذه والثانية الخنثى المشكل والثالثة وقت الختان والرابعة محل اطفال المشركين في الآخرة وقال صاحب الملتقط مسائل لم يقطع ابو حنيفة بجوابها وقال لا ادري في الدهر ومحل اطفال المشركين ذكرها في نوادر ابي هشام ووقت الختان ذكره ابو بكر بن يعقوب في اختلاف الفقهاء واذا بال الخنثى من الطرفين معا وان الملائكة افضل ام الانبياء عليهم السلام ذكرها ابو بكر بن يعقوب ايضا ومتى يصير الكلب معلما وسؤر الحمار ومتى تطيب لحم الجلالة انتهى فيكون المسائل ثماني وقال ابن ملك في شرح مجمع البحرين قلت هذا تنبيه لكل مفت ان لا يستنكف من التوقف فيما لا وقوف له عليه وعندهما هو كالزمان لان لفظ دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد فيكون المراد ستة اشهر قال صاحب العناية فانه قيل ذكر في الجامع الكبير واجمعوا انه لو قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة ايضا قائلا في دهور منكرة بثلاثة منها فكل دهر ستة اشهر كما هو مذهبهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة مفرده فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد اجيب بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يعرف معرفة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه ان يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الازمنة والشهور كما فعل محمد في المزارعة ولو قال لا اكلم اياما او شهورا او سنين فعلى ثلاثة لان الجمع المنكر يقع على الاقل وهو ثلاثة قال صاحب العناية وهو رواية الجامع الكبير وذكر فيه بلا اتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة عند الامام كما في الهداية قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع الصغير وان عرفها فقال لا اكلم الايام او الشهور او السنين فعلى عشرة اي يقع على عشرة ايام او شهور او سنين عند ابي حنيفة لانه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وهو العشرة لان العرب يقولون في العرف ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم على ما هو حال مميزاتها فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كان هي المرادة كما في كثيرة لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا يقع على جمعة في الايام وسنة في الشهور والعمر في السنين لان اللام للعهود وهو في الايام الاسبوع وفي الشهور السنة ولان الايام ينتهي بالسبعة والاشهر بالاثني عشر ثم يعود ولا معهود في السنين فيتناول العمر ومذهب الامامين في الكبير السبعة كما في الايام لان ما زاد عليها تكرار كذا في الهداية

باب اليمين في الطلاق والعتاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامهما اهم من غيره
قال ان ولدت فانت كذا حنث بالميت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود
مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظ وكذا عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا
فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي العدة به والدم بعده نفاس والامة ام ولد واذا تحقق الشرط
ثبت الحكم ولو قال لامته اذا ولدت فهو حر فولدت ميتا ثم حيا عتق الحي عند ابي ح
لان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحياة تصحيحا لكلام العاقل اذ لم يتقيد به للعتاق
لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي لا تثبت في الميت فيتقيد كما اذا قال اذا ولدت ولدا
ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لاستغنائهما عن وصف حياة الولد
واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره اضافت بيعه
حتى اذا اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع انه جعل اشتراء العبد شرط الحرية
وعبد الغير ليس محلا للحرية عن مشتريه لعدم ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام
والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضمار الحياة لان الحرية بدون
الحياة لا تتصور اصلا وفي ملك الغير تتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب
اضمار الحياة وجوب اضمار الملك كذا في العناية خلافا لهما فانه لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق
بولادة الميت على ما بينا ان الموجود مولود الى حتى لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية
انحلت اليمين لا الى الجزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت
الدار بعد ما ابانها او انقضت عدتها تنحل اليمين لا الى الجزاء وفي اول عبد املكه فهو حر
فملك عبدا عتق لان الاول اسم لسابق فرد ولا يحتاج او لنيته الى اشتراء عبد آخر
ولو ملك عبدين معا ثم آخر لا يعتق واحد منهم لان الاول فرد لا يكون غيره سابقا عليه
ولا مقارنا له ولم يوجد ولو زاد وحده عتق الآخر لانه يراد به التفرد في حالة الشراء
لان وحده للحال والثالث سابق في هذا الوصف ولو قال آخر عبد املكه
فهو حر فمات بعد ملك عبد واحد لا يعتق لان الآخر لا بد له من الاول ولم يوجد
ولو مات بعد ملك عبدين متفرقين عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق فاتصف
بالآخرية منذ ملك من كل ماله عند ابي ح اذا كان صحيحا وقت الشراء
لانه لما اشترى الثاني بعد الاول ثبت صفة الآخرية فيه لكن كانت بعرضية ان يزول
بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتعين فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا ثبوت صفة الآخرية
فيه من وقت الشراء فثبت صفة مستندة الى وقت الشراء وعندهما يعتق عند
موته من الثلث على كل حال يعني سواء كان صحيحا وقت الشراء او مريضا لان
الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عند الموت فيقتصر عليه وعلى هذا آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فلا ارث
خلافا لهما يعني اذا قال آخر امرأة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم اخرى
ثم مات فعندهما يقع الطلاق مقتصرا على الموت حتى تستحق الميراث وعند ابي
ح يقع مستندا الى وقت التزويج فلا تستحق وفي كل عبد بشرني
بكذا فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم
لخبر يغير بشرة الوجه سواء كان بالخير او بالشر لكن بشرط كونه سارا بالعرف
وهذا انما يتحقق من الاول لان الثاني اخبره بما كان معلوما له فلا يغير بشرة
وجهه عند سماعه ويعضده ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود
رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل
فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة
فسبق ابو بكر عمر بها فكان ابن مسعود رض يقول بشرني ابو بكر واخبرني عمر

وان بشروه

وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه الا ترى الى قوله تعالى
فبشروه بغلام حليم حيث اضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة
ولو قال ان اخبرني مكان بشرني عتقوا في الوجهين اي جميعا اخبروا معا او متفرقين لان
حقيقة الاخبار موجودة في كل واحد منهم لان الخبر وان كان عند المخاطب علم ولو نوى
كفارة بشراء ابيه سقطت اي الكفارة عندنا خلافا لزفر والشافعي بناء على ان
الشراء اعتاق عندنا بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا
ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه وشرط عندهما والعلة هي القرابة فالنية قارنت
العلة عندنا ولم تقارن عندهما والنية انما تعمل اذا قارنت العلة واعترض
على قولنا ان الشراء اعتاق بالحديث بانه عطف الاعتاق على الشراء بالفاء
وهو يقتضي التراخي بزمان وان لطف فلا يكون الشراء نفس الاعتاق واجيب
بانه نظير قولهم سقاه فارواه وضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه ووجهه ان الفعل
اذا عطف على آخر بالفاء كان الثاني ثابتا بالاول في كلام العرب فيكون معنى قولهم
سقاه فارواه ارتفع له الفعل لا بغيره كذا في العناية قال مولانا الفاضل سعدي افندي
ولا يخفى ان ما ذكره اعتراف بالمغايرة والمدعى كون الشراء هو الاعتاق يقول الفقير
ليس مرادهم ان الشراء نفس الاعتاق حتى يتوجه ما ذكره بل المراد ان الاعتاق يحصل
مع الشراء دفعة كما ان الارواء والايجاع والاشباع يحصل بالسقي والضرب والاطعام
دفعة لا انه يحصل اولا ثم يحصل الثاني عقيبه وهذا ظ لا ينبغي ان يرتاب فيه فضلا
عن الاستشكال ثم ان التقييد بالاب اتفاقي لا احترازي تدبر لا بشراء امة
استولدها بالنكاح يعني لو قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت
حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزئه عن الكفارة
لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا يضاف الى اليمين يقول الفقير لا يخفى
ما في عبارة المصنف من التسامح اعتمادا على ظهوره ولقد احسن صاحب التنوير
حيث قال ولا بشراء مستولدة بنكاح علق عتقها عن كفارة بشرائها تدبر
او بشراء عبد حلف بعتقه يعني اذا قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه
ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين واما
الشرط فان العتق عند الشراء يضاف الى اليمين السابقة ولم يوجد نية الكفارة
وقت اليمين الا ان اشتريتك فانت حر عن كفارتي حيث يجزئه عنها اذا اشتراها
لان حريتها غير مستندة الى الرق وقد قارنت النية ثم انه قال مولانا الفاضل سعدي
افندي الانسب ذكر هذه المسائل الثلاث في باب الكفارة وفي ان تسريت امة
التسري من السرية بضم السين وتشديد الياء وهي الجارية التي للفراش سواء منها الولد او لا
وقيل من السر وهو الجماع او من السرور فقلبت آخر الراءات ياء وقيل الطلب الولد شرط
في التسري حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا قيل هذا قول ابي يوسف
كما ان الاول قولهما كذا في نقلته من مولانا محمد البركلي فهي حرة ان تسرى
من في ملكه وقت الحلف عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل
انعقدت في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وان تسرى من ملكها
بعده اي بعد الحلف لا تعتق وقال زفر تعتق لان التسري لا يكون الا في الملك فكان ذكره
ذكر الملك فان قيل هذا قول بالاقتضاء اجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ
لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تامل واجتهاد
كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهي عن التافيف ولا
كذلك الاقتضاء لان المقتضي لا يفهم من ذكر المقتضي بلا تامل واجتهاد ثم اذا قيل فيها الحرية
عند الان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تامل فما كان الملك مفهوما من التسري

الفعل اذا عطف على فعل آخر

اشتقاق السرية

حديث

بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتاً بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء كذا في النهاية ورده صاحب
العناية بطريق ثم اجاب عن اصله بجواب اخر من شاء فليراجعه ولئن سلمنا
ان الملك يصير من لوازم صحة الشرى لكن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها
فلا يتعدى الى صحة الجزاء وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت ضرورة
غاية انه يثبت الملك لصحة الشرى فقط ولا يثبت فيما وراء صحة الشرى فبقي الجزاء في غير الملك
وفي كل مملوك لي حر عتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده لوجود الاضافة المطلقة فيهم
يعني ان الكل فيه واحد وهو الاضافة الى نفسه بقوله لي سواء لان الملك ثابت فيهم
رقبة ويداً فاذا كان كذلك دخلوا جميعاً تحت كلمة فيعتقون وان قال اردت الرجال
خاصة صدق ديانة خاصة اما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للمذكر
واما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ الذكر عرفا ولو نوى
الاناث لغت نيته ولو قال لم انو المدبر لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق
ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان كذا في العناية
لا يعتق مكاتبه الا ان نواه لان الملك غير ثابت يداً ولهذا يملك اكسابه
ولا يحل له وطي المكاتبة فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه بخلاف ام الولد
والمدبر فاختلت الاضافة فلا بد من النية وفي هذه طالق او هذه وهذه
طلقت الاخيرة وخير في الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين
الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة بالواو لان العطف بالواو للمشاركة في الحكم
فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا العتق يعني اذا
قال العبيد هذا حر او هذا وهذا عتق الثالث وخير في الاوليين وكذا الاقرار
يعني لو قال لفلان علي عشرة او لفلان وفلان كان للاخير خمسة وللاوليين خمسة
ثم انهم قالوا ما ذكر هنا في موضع الاثبات واما في موضع النفي فيعم كما لو قال
والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا يحنث بالاول او بالاخيرين كذا في الرمز شرح الكنز

باب في البيع والشراء والتزوج وغيرها

يريد بغيرها ما ذكر في هذا الباب من مسائل اليمين في الخروج والذهاب والمشي والقعود
واللبس والجلوس والنوم وما يتقرب يحنث بالمباشرة دون التوكيل
في البيع والشراء حتى لو حلف لا يشتري فباع واشترى يحنث ولو امر غيره ان يبيع له
او يشتري لا يحنث لان الشرط هو العقد ولم يوجد منه لانه وجد من العاقد
حتى ترجع الحقوق اليه والاجارة والاستيجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة
وضرب الولد حتى لو حلف لا يوجر او لا يستاجر او لا يصالح عن مال على فلان او لا
يقسم مال الشركة او لا يخاصم فلانا او لا يضرب ولده فامر غيره بذلك لا يحنث
اما الاربع الاول فلانها كالبيع واما الاخيران فلان خصومة غيره لا يعد
نفسه وكذا ضرب غيره ولده لا يعد ضربه ويحنث بهما اي بالمباشرة والتوكيل
في النكاح والطلاق حتى لو حلف لا يتزوج او لا يطلق ففعل هو او وكل ففعل
الوكيل يحنث عندنا لان التوكيل فيه هنا سفير ومعبر حتى كان لسان الوكيل كان
الموكل ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الامر وحقوق العقد ترجع الى الامر لا اليه
وعند الشافعي لا يحنث بفعل الوكيل لوجود الفعل من المامور حقيقة ومن الامر حكما
فوجد شرط الحنث من الحالف من وجه دون وجه فلا يحنث كما في البيع والخلع والعتق
والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض لان المنفعة فيها كلها
عائدة اليه فكان الوكيل سفيرا محضا ايضا قال صاحب الدرر في قوله والاستقراض هنا اشكال
لانهم صرحوا بان التوكيل بالاستقراض باطل فينبغي ان لا يترتب عليه الحنث لان الباطل لا يترتب عليه الحكم

وقال مولانا محمد الوانقولي لا اشكال فيه فان الوكيل اذا اضاف الاستقراض
الى الموكل فقال ان فلانا استقرض منك كذا او قال اقرض فلانا كذا صح وكان القرض للموكل
فيكون الوكيل سفيرا محضا وان نوى الحالف المباشرة خاصة صدق ديانة لا قضاء
لان الطلاق مثلا ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل
التكلم به واللفظ ينتظمهما عاما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيصدق ديانة
لا قضاء لانه خلاف الظاهر وكذا الحكم في ضرب العبد والذبح والبناء والخياطة
والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه يعني لو حلف
لا يضرب عبده او لا يذبح شاته او لا يبني داره او لا يخيط ثوبه او لا يودع ماله او لا يستودع
او لا يعير او لا يستعير او لا يقضي الدين او لا يقبضه يحنث بالمباشرة والتوكيل
لان المنفعة في كلها تعود اليه والكسوة والحمل يعني لو حلف لا يكسو هذا الثوب
او لا يحمل هذه الخشبة ففعل هو او امر غيره بان كساه او حملها يحنث لان النفع
عائد اليه ايضا والفرق بين ضرب الولد وبين ضرب العبد حيث يحنث في الاول بالمباشرة
دون التوكيل ويحنث في الثاني بهما ان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التاديب و
التثقيف اي التعليم فلم ينتقل فعل الوكيل الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الايتمار
عائدة الى الامر فيضاف الفعل اليه الا انه لو نوى المباشرة خاصة في ضرب العبد الى اخره
يصدق قضاء وديانة لان هذه الافعال حسية يعرف باثرها وهو التألم في ضرب
وانقطاع العروق في الذبح وعلى هذا قياس البواقي والنسبة الى الامر بالتسبب
مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء يقول الفقير
بقي انه لو نوى التوكيل فيما يحنث بالمباشرة دون التوكيل كالبيع والشراء ونحوهما كيف يكون
حكمه ولم ار من ذكره قال صاحب التسهيل الا ان ينوي الحالف الامر او يكون ممن لا يباشر هذه
الافعال بنفسه فيحنث بالتوكيل وفي المختلط اي فيمن يباشرها تارة بنفسه ويفوض
الى غيره اخرى يعتبر الغالب وعند محمد يحنث الامر في الكل انتهى وفي لا يتزوج فزوجه
فضولي فاجاز بالقول حنث وهو المختار لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
ولو اجاز بالفعل كاعطاء المهر ونحوه لا يحنث لان العقد يختص بالاقوال فلا يكون
فعله عقدا وانما يكون رضا وشرط الحنث العقد لا الرضا وروي عن محمد انه
لا يحنث في الوجهين وافتى به بعض المشايخ لان الاجازة ليست بانشاء العقد
حقيقة وانما هو تنفيذ حكم العقد بالرضا كذا في الاختيار وفي لا يزوج عبده
او امته يحنث بالتوكيل والاجازة لان ذلك مضاف اليه بتوقفه على ارادته
بملكه وولايته وكذا في ابنه وبنته الصغيرين اي حلف لا يزوج ابنه الصغير
او بنته الصغيرة يحنث بالتوكيل والاجازة لولايته عليهما وفي الكبيرين لا يحنث الا
بالمباشرة يعني لو حلف لا يزوج ابنه الكبير او بنته الكبيرة يحنث بالمباشرة لا
بالتوكيل والاجازة لعدم ولايته عليهما فهو كاجنبي عنهما فيتعلق الحنث بحقيقة الفعل
ودخول اللام على البيع كان بعت لك ثوبا والمراد بدخول اللام عليه تعلق الجار والمجرور به
يقتضي اختصاص المحلوف عليه اي يقتضي ان يختص الفعل الذي تعلق به اللام بالذي حلف عليه وهو المخاطب
المتصل به اللام في المثال المذكور ثم فسر الاختصاص بقوله بان كان بامره سواء كان ملكه او لا
يقتضي ان يكون بيع الثوب بامره سواء كان الثوب ملكه او لا حتى لو دس المخاطب ثوبا
في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث وان امره ببيع ثوب من ثياب غيره يحنث وكذا الشراء
والاجارة والصياغة والبناء حتى لو حلف لا يشتري لك ثوبا او لا يوجر لك دارا او
لا يصوغ لك سوارا او لا يبني لك دارا يقتضي ان يكون بامره سواء كان ملكه او لا
ودخول اللام على العين كان بعت ثوبا لك يقتضي اختصاصها اي اختصاص العين به اي
بالمحلوف عليه وهو المخاطب المتصل به اللام بان كان ملكه سواء امره او لا

الاختصاص مختص باللازم فالمراد الفرق بينهما في المعنى واللازم تغير على الغالب

ان بعت لك ثوبا معناه بالفارسية اگر فروشم از بهر تو اين جامه را
ان بعت ثوبا لك معناه بالفارسية اگر فروشم جامه را كه ملك تست

قوله ان لام الاختصاص اذا اتصل بغير عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا
فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجله لا لغيره سواء كانت العين مملوكة له او لم يكن وذلك انما جاز لاجله للغير
سواء كانت العين مملوكة له او لم يكن وذلك انما يكون بالامر وان تأخر عن المفعول كان لاختصاص العين وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله او لا
وان لم يحتملها لا يفرق الحكم في المتوسط والمتأخر بل يحنث اذا فعل سواء كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل
فيكون اللام وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء كذا في العناية

فيحنث لو باع ثوبا مملوكا سواء امره او لا حتى لو اخفى المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف
فباعه ولم يعلم يحنث وان امره ببيع ثوب مملوك لغيره فباع لم يحنث وكذا دخولها
اي دخول اللام على الضرب والاكل والشرب والدخول يقتضي اختصاص
الفعل بالمحلوف عليه بان كان ملكه سواء امره او لا فلو حلف لا يضرب لك ولدا
او ولدا لك او لا ياكل لك طعاما او طعاما لك او لا يشرب لك شرابا او
شرابا لك او لا يدخل لك دارا او دارا لك سواء قدم كلمة لك او اخرها يحنث
لو ضرب ولدا مخصوصا به امره او لا او اكل طعاما مملوكا له امره او لا او دخل
دارا مملوكة له امره او لا لان الضرب وامثاله لا يجري فيه النيابة فيتعلق باليمين
قدم او اخر فيقتضي اختصاصه بان يكون مملوكة له قال صاحب الدرر
وان تعلق اللام بعين او فعل لا يقبل النيابة كاكل وشرب ودخول وضرب الغنم
ملكه الى اخره ثم قال وضرب الولد احتراز عن ضرب الغلام فانه يقبل نيابة
الغير انتهى يقول الفقير فيفهم من هنا فرقا بين ضرب الولد وضرب الغلام
وهو انه لا فرق في ضرب الولد بين قوله لا يضرب لك ولدا وبين قوله لا يضرب
ولدا لك بخلاف ضرب العبد فان فيه فرقا بين قوله لا يضرب لك عبدا
وقوله لا يضرب عبدا لك لكن قال صاحب الهداية بخلاف الاكل
والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين
قال صاحب العناية والمراد بالغلام اما العبد كما ذكر في شرح
الجامع الصغير لقاضيخان واما الولد كما ذكر في الفوائد الظهيرية
وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده
فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه انتهى وقال صاحب الكافي
المراد بالغلام الولد لا العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة
فكان نظير الاجارة لا نظير الاكل والغلام يطلق على الولد كما يطلق على العبد
قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى وقيل المراد به العبد لان
المراد بجريان الوكالة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل العهدة
على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان كالاكل والشرب انتهى
وان نوى غيره يعني لو نوى بقوله بعت لك ثوبا لك او بقوله ان بعت ثوبا لك ثوبا
صدق ديانة وقضاء فيما عليه يعني فيما فيه تغليظ عليه لا فيما فيه تخفيف عليه
لانه نوى ما يحتمله كلامه بتأخير اللام عن محله في الفصل الاول وتقديمه على محله في الفصل الثاني
والكلام يحتمل التقديم والتاخير قال صاحب التسهيل يصدق ديانة في الكل
وفي ان بعته او ان اشتريته فهو حر فعقد بالخيار عتق اما اذا قال ان بعته فلوجود
الشرط وهو البيع والملك فيه قائم لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملك البائع
بالاتفاق فينزل الجزاء واما اذا قال ان اشتريته فلان الشرط قد تحقق وهو الشراء
والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما
وكذا على اصله لانه علق العتق بالشراء لا بالملك والمعلق بالشرط كالمنجز عند
وقوعه فكانه قال هو حر بعد الشراء بالخيار وهناك لو نجز العتق بعد الشراء
بخيار الشرط انفسخ الخيار ويثبت الملك مقتضى للاعتاق سابقا عليه فيقع
العتق فكذلك اذا علق بخلاف قوله ان ملكتك فانت حر فاشتراه بالخيار لا يعتق
لان شرط الحنث وهو الملك لم يوجد لان المشتري بالخيار لا يملكه عنده فلا ينزل الجزاء
وكذا عتق لو عقد بالفاسد او الموقوف يعني لو قال البائع ان بعته او المشتري ان اشتريته
فكذا فعقد بالفاسد او الموقوف يحنث لان التمليك والتملك قد حصلا وهو معنى البيع والشراء
ولو عقد بالباطل لا يعتق لانه ليس ببيع وشراء شرعا

وان قال لم

وفي ان لم ابعه فكذا فاعتقه او دبره حنث لوجود الشرط لانه لم يبق محلا
للبيع ولو قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال الزوج كل امرأة لي طالق
طلقت هذه المرأة المحلفة ايضا اي كغيرها لدخولها تحت كل امرأة والاصل العمل بالعموم
مهما امكن الا في رواية عن ابي يوسف لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان
غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وان نوى غيرها اي غير المحلفة على
جواب الرواية صدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام وهو خلاف الظاهر
ومن قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة لزمه حج او عمرة مشيا وهو
استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لانه ليس بقربة واجبة الا انه صار كناية
عن ايجاب الاحرام شرعا وعرفا اما شرعا فان اخت عقبة بن عامر نذرت
ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي عليه السلام ان تحرم بحجة او عمرة واما
عرفا فانه قد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة فكانه قال علي حجة او عمرة
ولا فرق بين ان يكون في الكعبة او غيرها ولهذا اطلق ثم اذا حج او اعتمر ان شاء
اعتمر او حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم
قال واحدة بسبعمائة وان شاء ركب وذبح لركوبه شاة لقوله عليه السلام
لعقبة رضي الله عنه مرها فلتركب ولتهد دما من هنا قال فان ركب
فعليه دم ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله او المشي الى الصفا
او المروة لا يلزمه شيء اتفاقا لان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى يصير مجازا
ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا وكذا لا يلزمه شيء
لو قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام خلافا لهما لان الحرم شامل للبيت
وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه
ولنا ما بينا انفا ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار
حقيقة اللفظ فامتنع اصلا وفي عبده حر ان لم يحج العام فشهدا بكونه يوم النحر
بكوفة لا يعتق خلافا لمحمد لانها شهادة على نفي معلوم وهو التضحية بكوفة وفيه شهادة انتفاء
الحج فيتحقق الشرط قال صاحب الاصلاح والايضاح قال محمد في كتاب الحجة
من المبسوط لا يقال لانه ذلك اذ لا ينكر كرامة الاولياء فيجوز ان يكون في يوم واحد
بمكة وكوفة لانا نقول انا امرنا ببناء حكم بشر في عموم جنسه بالغيب ولنا
انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية اذ لا مطالب لها فصارت
كما اذا شهدوا انه لم يحج العام غاية ان هذا النفي مما يحيط به علم الشاهد ولكنه
لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ودفعا للحرج عن الناس كذا في الهداية والكافي وغيرهما
من كتب الفروع قال صدر الشريعة وصاحب التوضيح هنا مخالف لما تقرر في
كتب الاصول ان النفي اذا كان محصورا احاط به علم الشاهد كان مثل الاثبات انتهى
قال صاحب المغني في فصل المعارضة والاصل في ذلك ان النفي متى عرف بدليله كان
كالمثبت والا فلا كالشهادة على الزوج انه لم يستثن في الطلاق او لم يقل قول
النصارى عند قوله المسيح ابن الله لان هذا نفي يحيط به علم الشاهد وفي هذا المحل
اسئلة واجوبة في الكافي ان شئت التحقيق فراجع اليه وفي لا يصوم فصام ساعة
بنيته اي بنية الصوم ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك
عن المفطرات على قصد التقرب وان قال صوما او يوما لا يحنث ما لم يتم يوما
لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك باتمامه الى اخر اليوم وفي لا يصلي
يحنث اذا سجد سجدة ثم قطع لا قبله اي قبل السجود والقياس ان يحنث بالشروع
اعتبارا بالصوم وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات
بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك وهو يتكرر في الجزء الثاني

وان ضم صلوة بان قال لا يصلي صلاة فيشفع اي يحنث بتمام شفع لا باقل من شفع
لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء
قال صاحب العناية ما حاصله انه لا يحنث ما لم يتم الركعتين بالتشهد لان الصلاة المعتبرة
شرعا ركعتان مع التشهد وقال العلامة الحلبي فيحنث بشفع مع قطع نظر لان الصلاة
بها معتبرة شرعا والمراد ههنا هي المعتبرة شرعا وثنا لها واحد وثوب ان لبست من غزلك
فهو هدي ومعناه التصدق بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فملك قطنا فغزلته فنسج
فلبس الظاهر فلبس كذا الظاهر وغزلته بالواو فهو هدي عند ابي حنيفة خلافا لهما
لان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس و
غزل المرأة ليسا من اسباب الملك وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد
فكانه قال من قطني وغزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج في المغزول
ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له من وقت النذر الى القطن ليس بمذكور هنا
وماذاك الا باعتبار ان غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلت في العرف والعرف
لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا وقت الحلف او لم يكن فغاية ما في الباب ان النذر
يكون كانه مضاف الى سبب الملك فيصح وان لبس ما غزلت من قطن ملكه وقت
الحلف فهدي بالاتفاق وخاتم الفضة ليس بحلي حتى لو حلف لا يلبس حليا فلبس
خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والحلي بفتح
الحاء وسكون اللام هو ما يتحلى به النسوان من ذهب او فضة او جوهر جمعه حلي فعول
كثدي وثدي على ما مر بخلاف خاتم الذهب فانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال
ولو لبس خلخالا او سوارا يحنث سواء كان من الذهب والفضة لانه حلي كامل
لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك سواء كان من الذهب والفضة كذا
وعقد اللؤلؤ ان رصع فحلي والا اي وان لم يرصع فلا اي فليس بحلي لانه لا يتحلى به
عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف والعقد بالكسر القلادة والترصيع التركيب
يقال تاج مرصع بالجواهر وقالا حلي مطلقا لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن حيث قال
وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص وقال يحلون فيها
من اساور من ذهب ولؤلؤا وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فالناس في عصره
لا يتحلون باللؤلؤ غير مرصعة فافتى بما رآه في زمانه وفي عصرهما يتحلون بها غير مرصعة
فافتيا بما عاينا قال صاحب الكافي وقولهما اقرب الى العرف في ديارنا فنفتي بقولهما
يقول الفقير وكذلك التحلي به على الانفراد في ديارنا معتاد فنفتي بقولهما وبه اي بقول
الامامين يفتى قال صاحب الاختيار وعليه الفتوى لانه صار معتادا فهو اختلاف
عادة وزمان فعلى قول ابي حنيفة ينبغي ان يجوز للرجال لبس عقد اللؤلؤ الغير المرصع
لانه ليس بحلي عنده انتهى وقال صاحب الكافي وعلى هذا الخلاف اذا لبس عقد زبرجد
او زمرد غير مرصع وفي لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لا يحنث
لانه لا يسمى جالسا على الارض ولهذا يقال اجلس على البساط لا على الارض
وان حال بينهما اي بين الارض وبينه اي بين الحالف ثيابه حنث لانه تبع له فلا يعتبر
حائلا وفي لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث
لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع عن الاول النسبة وان جعل فوقه اي
فوق الفراش المحلوف عليه قرام بكسر القاف والراء المهملة ستر رقيق يطرح على
الفراش يحنث لانه تبع له فلا يعتبر حائلا وفي لا يجلس على هذا السرير ان جعل
فوقه سرير آخر فجلس عليه لا يحنث لانه مثل الاول ايضا فيقطع عنه النسبة
وان جعل فوقه اي فوق هذا السرير بساط او حصير فجلس عليه حنث
لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك

باب اليمين

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

يريد بغير ذلك الكسوة وقضاء الدين وقبضه في الشتم وغير ذلك مما ذكر في هذا الباب
الضرب والكسوة والكلام والدخول تختص فعلها بالحي اما الضرب فلانه
اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت وتوقف بقوله
تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث لانه قد بر ايوب عليه السلام
في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الايلام لما ان الضغث
عبارة عن الحزمة الصغيرة من الحشيش فلم يكن بمجموعه ايلام واجيب
بانه جاز ان يكون حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصا به
اكراما له في حق امرأته تخفيفا عليه فلا يلحق به غيره هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث
ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها فكان حكما
باقيا في شريعتنا وتمام الكلام فيه في الكشاف وغيره من التفاسير
وذكر في شرح الطحاوي من حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها
ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر في يمينه لان المقصود من الضرب الايلام
كذا في العناية واما الكسوة فلانه يراد بها التمليك عند الاطلاق
وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي بها الستر واما الكلام فلان المقصود
منه الافهام والموت ينافيه فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كلم اصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد
ربكم حقا فقد وجدت ما وعد ربي حقا فقال عمر رضي الله عنه اتكلم
الميت يا رسول الله فقال ما انتم باسمع من هؤلاء اجيب بان ذلك
كان معجزة له صلى الله عليه وسلم كذا في العناية واجاب
عنه العلامة النسفي في كافيه بانه غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث
عائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما انت بمسمع من في القبور انتهى
قال الزيلعي يجوز ان يكون لوعظ الاحياء ونظيره ما روي
عن علي كرم الله وجهه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا اتى المقابر قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين اما نساؤكم
فقد نكحت واما اموالكم فقد قسمت واما دوركم فقد سكنت
فهذا خبركم بما عندنا فما خبرنا بما عندكم وكان يقول
سل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك
جوابا اجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء
لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات انتهى قال مولانا سعدي افندي
وفيه بحث لانه يرده تتمة القصة لو صحت يقول الفقير مراده من تتمة
القصة سؤال عمر رضي الله عنه وجوابه عليه السلام بقوله ما انتم باسمع من هؤلاء
لكن يمكن ان يقال وان كان ظاهرها يرده لكن يحتمل ان يكون مراده من قوله ما انتم باسمع
من هؤلاء كناية عن ان يجيبوا اعتبارا تنبيها على التعبير وبنحو ذلك التمسك
واما الدخول فلان المراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو قال عليه السلام
كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها ولان الميت كالقالب في حق الحياة ومن
طاف بباب رجل لم يعتد زائرا له ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائرا له فهنا اولى

وغير ذلك قال فلا يحنث من قال ان ضربتك او كسوتك او دخلت عليك فكذا بفعلها
اي بفعل هذه الاشياء بعد موته وكذلك ان قال لامرأته ان وطئتك او قبلتك فكذا
يتقيد بحياتها حتى لو وطئها او قبلها بعد موتها لا يحنث لان الغرض من الوطء
والتقبيل قضاء الشهوة وهو لا يتحقق بعد الموت قال صاحب الكافي
فان قيل أليس ان النبي صلى الله عليه وسلم قبّل عثمان بن مظعون بعدما ادرج في
الكفن وقبّل ابو بكر رضي الله عنه بين عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما
ادرج في الكفن قلنا ذاك بسبب الشفقة او التعظيم والموت لا ينافيه
وتقبيل النساء لقضاء الشهوة فيتقيد بالحياة حتى لو كان للشفقة او
للتعظيم كما في الولد او الوالد او العالم فلا يتقيد بالحياة قيل يتقيد ايضا لان
الاوهام لا تنصرف الى تقبيل الميت انتهى يقول الفقير لا يرد سؤال صاحب الكافي
على ما نحن فيه اصلا حتى يحتاج الى الجواب لعدم وروده عليه بادنى التامل
بخلاف الغسل والحمل والمس فانها لا تختص بالحي لان الغسل يراد به
التنظيف والتطهير وهذا لا يختص بالحي الا يرى انه يجب غسل الميت تطهيرا له
فكيف ينافيه ولو صلى على ميت قبل الغسل لم يجز وبعده يجوز والحمل يتحقق
بعد الموت ايضا وهو ظاهر والمس للتعظيم او الشفقة فيتحقق بعد الموت
حلف لا يضربها فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل
مؤلم يتصل بالبدن وقد تحقق الايلام بهذه الافعال وقيل لا يحنث في
حال الملاعبة وان اوجعها وآلمها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا اذن
وهو منقول عن الامام فخر الاسلام حلف ليضربنه حتى يموت فهو على اشد
الضرب لانه المراد في العرف قال صاحب الاختيار لو قال ليضربنه حتى يغشى عليه
او حتى يبكي او يبول او يستغيث فلا بد من وجود هذه الاشياء
حقيقة ولو قال ليقضين دينه قريبا فما دون الشهر قريب والشهر بعيد
حتى لو قضى دينه فيما دون الشهر لا يحنث ولو لم يقض حتى تم الشهر من
حين حلف يحنث لان ما دون الشهر يعد قريبا عرفا والشهر يعد بعيدا
ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ليقضينه اليوم فقضاه زيوفا
او نبهرجة وسيأتي ان شاء الله تعالى تفسيرهما او مستحقة او باعه اي باع
المديون الحالف الدائن بمقابلة دينه شيئا وقبضه اي قبض الدائن ذلك
الشيء بر في يمينه اما اذا قضاه زيوفا او نبهرجة فلان هاتين الصفتين لا تسلبان
اسم الدراهم لانها عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة
في رأس مال السلم وبدل الصرف يجوز ولو فات بها اسم الدراهم لكان
استبدالا وهو حرام فيهما واما اذا قضاه مستحقة فلان قبضها صحيح
وبر به في يمينه وبوجوب ردها الى المستحق لا يرتفع البر المتحقق واما اذا
باعه شيئا وقبضه فلوجود شرط البر وهو قضاء الدين وهذا لان
قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء يصادف العين وحق رب
الدين في الدين وهو وصف في الذمة لا في العين ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها
ولكن طريقه وقوع المقاصة بان يصير مقبوضا لرب الدين مضمونا عليه لانه يقبضه بنفسه على
وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله فالتقيا قصاصا وفيما نحن فيه وقعت
المقاصة بين الدين وبين ثمن المبيع بمجرد البيع وصار من الثمن قضاء للدين
وشرط القبض ليتقرر به البيع والثمن على رب الدين لان الثمن وان وجب
على المشتري بنفس البيع الا انه بعرض السقوط فتقرره انما يكون بالقبض

هذه الالفاظ عند اتراك من ارذال الاشياء التي ينفرون بها ويتحملون منها ما لا يتحملون من غيرها الا انه يسمع من تكلم بها فعليك بها لنا عنه

ولو قضاه

ولو قضاه رصاصا او ستوقة وسيأتي ان شاء الله تعالى تفسيرهما
او وهبه او وهب الدائن من المديون الحالف او ابرأه منه اي من الدين لم يبر
اما اذا قضاه رصاصا او ستوقة فلانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز
بهما في الصرف والسلم واما اذا وهبه او ابرأه فلان القضاء فعل المديون والهبة
والابراء اسقاط من رب الدين فلا يكون قضاء قال صاحب الكافي
وقوله في الهداية لم يبر مشكل لانه يوهم انه يحنث وليس كذلك لان اليمين لما
كانت موقتة باليوم فاذا وهبه قبل مضي اليوم فقد عجز عن تحقيق البر قبل
مجيء وقت الحنث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
كما لو قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فعبده حر فصب الماء قبل
مضي اليوم فان اليمين يبطل عندهما والجواب ان قوله لم يبر ساكت عن الحنث
فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث ايضا لفوات المحلوف عليه وهذا لان قوله
لم يبر اعم من قوله يحنث ومن قوله يبطل اليمين فيحمل على الثاني تصحيحا للكلام انتهى
وقال صاحب العناية وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكانه اشار
بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لفوات المحلوف عليه
وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما حجة في بطلان اليمين كما
في مسألة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه يلزم ارتفاع
النقيضين وهو فاسد لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع
الآخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الآخر ولا يجوز ان يرتفعا جميعا
واقول ليسا بنقيضين على اصطلاح من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد
منهما فانه اذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز
ان لا يتصف بواحد منهما لان المتصف باحدهما هو الحالف انتهى ما في العناية
يقول الفقير والنظر المذكور وارد على عبارة المص ايضا بل وروده عليها اظهر
واشد لانه جمع بين مسألة قضاء الرصاص والستوقة وبين مسألة الهبة
والابراء وقال لا يبر في الجزاء لهما معا فكان مختلا اي اختلال فلو قال
ولو رصاصا او ستوقة حنث ولو وهبه او ابرأه لا يبر كما وقع في
الهداية هكذا لكان اولى واسلم من عظم الاختلال فتدبر
حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم لا يحنث بقبض بعضه ما لم يقبض
كله متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق لانه اضاف
القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناول فلو قبض في اول النهار
بعضه وفي آخره بعضه حنث لوجود الشرط وان فرقه بعمل ضروري كالوزن
لا يحنث يعني لو قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن
لم يحنث عندنا خلافا لزفر لانه لا يعد تفريقا ما دام في عمل الوزن وزفر
اعتبر الحقيقة ونحن اعتبرنا العرف وهو نظير لا اسكن الدار وهو ساكنها
ان كان لي الا مائة او غير مائة او سوى مائة لا يحنث بها اي بالمائة او باقل
منها لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة حلف لا يفعل كذا
تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فيقتضي عدم الفعل في جميع العمر
ضرورة عموم النفي ووجوده في جزء منه ينافي عمومه
وفي ليفعلنه يكفي فعله مرة لان شرط البر فعل واحد لانه في موضع الاثبات
وانما يحنث بوقوع اليأس عن الفعل وذا بهلاك الفاعل او محل الفعل

حلف والٍ ليعلمنّه بكل داعرٍ اي مفسدٍ خبيثٍ من الدعارة وهي الخبث والفساد
تقيّد اليمين بحال ولايته اي ولاية ذلك الوالي فلا يحنث بعدم اعلامه بعد موت
المستحلف وكذا بعد عزله في ظاهر الرواية لان المقصود من الاعلام دفع شر الداعر
او دفع شره بزجره فان الوالي اذا زجره وادّبه للدعارة ينزجر غيره عن الدعارة
لو كانت في قصده ونيّته وهذا المقصود انما يفيد فائدته اذا كان الوالي قادراً
على تنفيذه وذلك بالولاية وهي تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في ظاهر الرواية
وانما قيد بقوله في ظاهر الرواية احترازاً عما روي عن ابي يوسف انه قال
يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضاً لانه مستفيد الجاه قال الزيلعي
لاحتمال ان يولي بعد فيؤدبه او لاحتمال ان يسعى في اذيته عند اولي الامر
ليهتك او يضربه ولم يقبل برّ الحالف في يمينه لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم
بنفس الهبة والقبول شرط ثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث
الهبة لا حكمها وقال زفر لا يبرّ وكذا القرض والعارية والصدقة
حتى لو حلف ليقرضنه او ليعيرنه او ليتصدقن فاقرض ولم يقبل المستقرض
واعار ولم يقبل المستعير وتصدق ولم يقبل المتصدق عليه برّ الحالف
بخلاف البيع فانه لا يحنث فيها الا بالقبول لانه معاوضة فاقتضى التمليك والتملك
حلف لا يشم ريحاناً فهو على ما لا ساق له فلا يحنث بشم الورد او الياسمين
لان لهما ساقاً قال صاحب العناية قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام
وتلميذه الصدر الشهيد وصاحب الهداية وفيه نظر لانه لم يثبت في كتب
اللغة الريحان بهذا التفسير اصلاً وجوابه ان معنى قولهم الريحان اسم لما لا ساق له
ان لساقه رائحة طيبة كما لورقه اصطلح عليه الفقهاء رحمهم الله تعالى
يعني الريحان اسم لا ساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كما لورقه
وساق الورد ليس له رائحة كما لورقه رائحة على ان تتبع
اللغة موقوف على الاستقراء التام في اوضاع اللغة وهو متعذر
وقيل في الفرق بين الورد والريحان ان ما ينبت من بذره مما لا شجر له
ولعينه رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة
مستلذة فهو ورد انتهى وقيل يحنث بشم الورد او الياسمين في لا يشم ريحاناً
قال صاحب الاختيار وقيل يحنث في عرفنا لان الريحان اسم لماله رائحة
طيبة من النبات عرفاً فيحنث بها حلف لا يشم ورداً او بنفسجاً
فهو على ورقه دون دهنه لان الورد والبنفسج هو الورق عرفاً
قال صاحب الهداية ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه
اعتباراً للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء يبتنى عليه
وهذا في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف
على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج
قاضٍ عليه اي غالب راجح انتهى لا يدخل دار فلان يتناول الملك
والاجارة حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فدخل الدار التي ملكها حنث
وكذا لو دخل الدار التي استأجرها لان المراد الدار المضافة اليه بالسكنى
وعند الشافعي لا يحنث بلا خير لانه جمع بين الحقيقة والمجاز
قلنا ذلك باعتبار عموم المجاز لان السكنى موجود فيهما
حلف انه لا مال له وله دين على مفلس او ملي او غني لا يحنث
لان الدين ليس بمال عرفاً لانه ليس في يده

كتاب الحدود

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدائرة بين العبادة والعقوبة اورد العقوبات المحضة
ومحاسن الحدود كثيرة من جملتها انها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس
والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال وسببه محل من الحدود ما اضيف اليه من الزنا
والشرب والقذف وهي جمع حد وهو في اللغة المنع ومنه الحداد للبواب والحدود موانع
من الجنايات فسميت بها وفي الشرع الحد عقوبة مقدرة تجب حقاً لله تعالى
والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد وهو يتحقق بالنسبة الى الناس كافة
واما الطهر من الذنوب فليست مقصداً اصلياً فيه بدليل شرعه في حق الكافر وذلك
يتحقق ايضاً بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة لا كافة الناس
فلا يسمى تعزير ولا قصاص حداً اما التعزير فلعدم التقدير فيه واما القصاص فلانه حق العبد
والزنا يثبت ويقتصر في التعريف اهل الحجاز والحد لاهل نجد ثم انهم قالوا الحدود عقوبات
بعضها حق الله تعالى خالصاً كحد الزنا والخمر وبعضها مشوب بحق العباد كحد القذف فابتدأ
بالاول وقدم الاقوى وهو الزنا فقال والزنا اي الزنا الموجب للحد وطء مكلف
خرج به وطء المجنون والصبي ويتناول الايلاج المجرد عن الانزال فانه ليس بشرط ههنا
كما في الجناية في قبل وزاد صاحب الدرر قوله مشتهاة ولا بد منه ليخرج عن المشتهاة
كقبل غير مشتهاة لصغرها الا تشتهى والميتة والبهائم فان وطئها لا يوجب الحد
خال عن ملكه اعم من ملك النكاح وملك اليمين وشبهته اي شبهة الملك وفي خلو
شبهة الاشتباه وسيأتي بيانها وزاد صاحب الدرر ايضاً قوله عن طوع ثم قال
خرج به زنا المكره فان الاكراه يسقط الحد على ما سيأتي تفصيله وكذا الاكراه
ثم قال نقلاً عن النهاية هذا التعريف في حق زنا الرجل واما زنا المرأة فعبارة عن تمكينها لمثل هذا
الفعل انتهى يثبت الزنا بشهادة اربعة رجال فلا يثبت بشهادة النساء ولا بشهادة
اثنين او ثلاثة لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء
وقال النبي صلى الله عليه وسلم للذي قذف امرأته بالزنا ائت باربعة يشهدون
على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة
مجتمعين حتى لو شهدوا متفرقين لم تقبل بالزنا متعلق بالشهادة لانه الدال على
الفعل الحرام لا بالوطء او الجماع فانه لا يفيد فائدته اذا سألهم الامام او القاضي
ظرف يثبت عن ماهية الزنا فانه قد يطلق على كل وطء حرام وايضاً قد اطلقه الشارع
على غير هذا الفعل نحو العينان تزنيان وكيفيته فان الوطء قد يقع بلا التقاء
الختانين وعن زنى فانه قد يكون وطء بشبهة واين زنى فان الزنا في دار الحرب
لا يوجب الحد ومتى زنى فان المتقادم لا يوجب الحد فبينوه وقالوا رأيناه
وطئها بصيغة الفعل في فرجها كالميل في المكحلة بضمتين وعاء الكحل
وعدلوا سراً وعلانية ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالاً للدرء قال النبي صلى الله
عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة حيث
اكتفى بظاهر العدالة وهو الاسلام وصورة تعديل السر ان يبعث القاضي
اسماء الشهود الى المعدل بكتاب فيه اسماؤهم وانسابهم وحلاهم ومسجدهم
حتى يعرفه المعدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلاً عدل جائز الشهادة ومن لم
يكن عدلاً فلا يكتب تحته شيئاً او يكتب الله يعلم وصورة تعديل العلانية ان يجمع
بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته كذا في البيانية

وقال صاحب العناية قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به
بعد ذلك ولا وجه الى اخذ الكفيل لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بني
على الدرء فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط
بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة
وقال المولى سعدي افندي لا يخفى عليك ان المستفاد من تعليل الحبس بقوله لانه لو خلى سبيله
هرب ان يكون الحبس احتياطا لا تعزيرا انتهى او بالاقرار معطوف على قوله بشهادة اربعة
ما قلنا بالغا اذ لا اعتبار لقول المجنون والصبي خصوصا في وجوب الحد ولا يشترط
الاسلام لان الذمي يحد باقراره عندنا خلافا لمالك ولا الحرية لان اقرار العبد
بالزنا يوجب الحد عليه مأذونا كان او محجورا خلافا لزفر كذا في الدرر
اربع مرات عندنا وعند الشافعي يحد باقراره مرة كما في سائر الحقوق ولنا ان الاقرار
مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة
في اربعة مجالس من مجالس المقر لا الحاكم لقصة ماعز رضي الله عنه فانه صلى الله عليه وسلم اخر
الاقامة عليه الى ان اقر اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب
وقال ابن ابي ليلى يقام الحد بالاقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد فان قلت
يحتمل ان تاخير النبي صلى الله عليه وسلم اقامة الحد الى الاقرار مرة ليس لعدم وجوب الحد قلت
هذا وهم لا يلتفت اليه لانه عليه الصلاة والسلام كان متمكنا منها بنفسه وبا
لغيره وهنا تمكن منها بعد الاقرار اربع مرات حتى امر بالرجم فان قلت سلمنا انه لو كان
متمكنا لكن مجرد التاخير لا يدل على ان الاربع شرط لانه يجوز ان يكون التاخير
باعتبار ان مطلق الامر لا يقتضي الوجوب على الفور بل على التراخي وعليه عامة المشايخ
خلافا للكرخي قلت سلمنا انه لا يقتضي الفور في الحج لكن لا نسلم انه لا يقتضيه
في باب الحدود بيانه ان الاقرار باقامة الحدود متوجه على الامام والحوادث متراكمة
على بابه فلو لم يكن الوجوب على الفور ربما يعرض واجبات اخر اهم منها
فيترك اقامة الحد فيؤدي الى تفويت الواجب ولهذا قالوا ان مطلق الامر في باب
الحج يقتضي الفور لان الموت في سنة واحدة ليس بنادر فلو لم يحج يلزم التفويت على
وجه لا يمكن التدارك في ثاني الحال فكذا هنا وجواب اخر وهو انا سلمنا ان الامر
لا يقتضي الفور في باب الحدود ايضا لكن لا نسلم انه لا يقتضيه في قضية ماعز رضي الله عنه لانه جاء
طالبا للطهرة وهي حقه ومن له الحق اذا طلب حقه يجب ايفاؤه كالبايع اذا طلب
الثمن من المشتري يجب ايفاؤه وما عرض طلب حقه في الاقرار مرة فلو كان ذلك
كافيا لاوفاه النبي صلى الله عليه وسلم كل ذلك من البيانية هـ
كلما اقر رده حتى يغيب عن بصره الا مرة رابعة فانه اذا اقر رابعة قبله هـ
ورده كلما اقر لانه عليه السلام طرد ماعزا رضي الله عنه في كل مرة حتى توارى بالحيطان
ثم سئل كما مر اي يسأله الحاكم عن ماهيته وكيفيته ومزنيته ومكانه
سوى الزمان فانه لا يسأل عنه للاحتراز عن التقادم وهو مانع الشهادة لا الاقرار
وقيل يسأل عنه ايضا لاحتمال كونه في الصبا او في حالة الجنون وقال الزيلعي [illegible]
فبينه اي بين المقر المسؤول عنه فاذا بينه لزمه الحد لتمام الحجة وندب
اي تلقين الحاكم المقر ليرجع عن اقراره [illegible] قبلت او لمست او وطئت بشبهة
لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه لعلك [illegible] قبلتها وللاحتيال في درء الحد
فان رجع قبل الحد او في اثنائه ترك وخلى سبيله [illegible] الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يقام عليه الحد
لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف
ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيتحقق الشبهة في الاقرار
بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

والحد للمحصن رجمه في فضاء اي مكان واسع حتى يموت لانه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا
وقد احصن وعلى هذا اجماع الصحابة وذهب الخوارج الى ان الحد في الزنا الجلد
ليس الا لانهم لا يقبلون خبر الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان حديث ماعز مشهور اخبار نخ
تلقته الامة في الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائزة كذا في العناية يبتدئ به
اي برجمه الشهود كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم
يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتيال للدرء وقال الشافعي لا يشترط
بداءة الشهود واعتباره بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك
غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فيقع كيف كان فان ابوا او غابوا او ماتوا
سقط الرجم لان الشرط بداءة الشهود وقد تعذرت بالاباء والغيبة والموت قال
صاحب العناية نقلا عن الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا
او مات بعضهم او عمي بعضهم او خرس او جن او ارتدوا او قذف فحد لم يرجم المشهود
عليه في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انهم اذا
امتنعوا او غابوا يرجم الامام ثم الناس كذا في الذخيرة ثم قال واذا سقط بامتناع
اصحابه هل يحد الشهود اولا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون
على الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة
على الزنا انتهى ثم يرجم الامام بعد الشهود ثم الناس وفي المقر يبدأ الامام
ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم
الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت قد اعترفت بالزنا
وقال في حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له المراد
بصاحب المكس المكاس وهو العشار والمكس ما اخذه ويغسل ويكفن
ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لما قتل ماعز وجاء عمه الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقال يا رسول الله قتل ماعز كما تقتل الكلاب فماذا تامرني
لا تقل هذا فقد تاب توبة لو قسمت توبته على اهل الارض لوسعتهم اذهب فاغسله
وكفنه وصل عليه ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا
وصلى عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وللحد لغير المحصن جلد مائة
ان كان حرا لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه
انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به بيانه ان قوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا الاية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن بآية اخرى نسخت
تلاوتها وبقي حكمها روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب
وكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان
ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله تعالى فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى
فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة
او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله
لكتبتها يريد بها آية الرجم التي نسخت تلاوتها وبقي حكمها وهي قوله تعالى الشيخ
والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم
وكانت خطبته هذه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه احد فكانت هذه
الآية نسخت عموم قوله تعالى فاجلدوا في حق المحصن لكن انتسخت تلاوتها وبقي حكمها على العلوم
لحكمة يعلمها الله تعالى والعبد نصفها وهو خمسون لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ودخل تحت حكمها العبد

قالوا وهو خلاف المعهود لان المعهود ان يدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية فكان هذا
الاسلوب واسلم بناء على ان اسباب السفاح فيهن يدعوهن اليه غالبة كما في تقديمهن
في قوله تعالى الزانية والزاني ثم العذاب المذكور في الاية الجلد دون الرجم لانه لا ينتصف كذا في العناية
يقول الفقير لو قال في تعليله لان حد العبيد والاماء الجلد دون الرجم لعدم احصانهن
لكان اوجه فتدبر • ولان الرق منصف للنعمة منقص للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم
افحش فيكون ادعى الى التغليظ بسوط متعلق بمجلده والسوط آلة الضرب لا ثمرة له
اي لا عقد له ولا عقدة لما روي ان عليا كرم الله وجهه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرة
سوطه ضربا وسطا بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود
وهو الانزجار والمبرح ماخوذ من برح في هذا الامر تبريحا اي غلظ علي واشتد
مفرقا ذلك الضرب على بدنه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف
الا الرأس والوجه والفرج لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير
ولان الضرب على الفرج متلف وعلى الراس والوجه سبب لذهاب الحواس كالسمع والبصر
والشم وهو هلاك حكما فلا يشرع حدا لما مر انه زاجر لا متلف • المذاكير جمع ذكر على
خلاف القياس فانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو
وانما ذكر بلفظ الجمع هنا مع انه واحد في زينه وهو الواجب لانه اراد به ذلك العضو المعين
وما حوله كقولهم شابت مفارقه لانه كذا في العناية نقلا عن الصحاح • منه
وعند ابي يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة وهو قوله الاخير رجع اليه لقول ابي بكر رضي الله
اضربوا الرأس فان فيه شيطانا • ولنا ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم وقول عمر للجلاد رض
اياك ان تضرب الرأس والفرج • وتأويل ما روياه قال ذلك فيمن ابيح قتله نقل انه ورد
في حربي كان من دعاة الكفرة اي كان من الداعين الى الكفر والاهلاك فيه مستحق
ويضرب الرجل قائما في كل حد لقول علي كرم الله وجهه يضرب الرجال في الحدود
قياما والنساء قعودا • ولان مبنى الاقامة على التشهير والقيام ابلغ فيه بلا خلاف والمراد
منه ان يمد الجلاد يده فوق رأسه • وقيل ان يطرح على الوجه ويمد رجلاه كما يفعل في زماننا
وقيل ان يمد السوط على بدنه بعد الضرب • وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق
فلا يجوز التعدي عن حد قدره الشرع وينزع ثيابه لان عليا رضي الله عنه كان يامر
بالتجريد في الحدود • ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه • وهذا الحد مبناه على الشدة
في الضرب سوى الازار لان في نزعه كشف العورة فيتوقاه • وتحد المرأة جالسة
لما روي عن علي كرم الله وجهه • ولان مبناها على الستر ولا ينزع ثيابها
لانها عورة مستورة الا الفرو والحشو فانهما ينزعان منها لان ستر العورة حاصل
بالملبوس غيرهما فينزعان ليصل الالم الى بدنها ويحفر لها اي للمرأة في الرجم قالوا يحفر الى
الصدر لانه صلى الله عليه وسلم لما رجم الغامدية امر بان يحفر لها الى عظم الصدر
قال صاحب الكافي فان ترك لم يضر لكنه احسن لانه استر لها وربما تضطرب من مسها
الحجارة فيفضي الى كشف العورة لا يحفر له اي الرجل لانه صلى الله عليه وسلم ما حفر لماعز
ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع الا ان يعجزهم
عن الاقامة كذا في العناية ولا يحد سيد مملوكه بلا اذن الامام • وقال الشافعي له
ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف ما لا يملكه الامام
فصار كالتعزير • ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود
رواه ابن مسعود وابن الزبير وابن عباس رضي الله عنهم • والثلاث الباقية الصدقات
والفيء ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا
لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه
بخلاف التعزير لانه حق العبد • ولهذا يعزر الصبي • وحق الشرع موضوع عنه هو •

واحصان

جمع ذكر

رض

واحصان الرجم احتراز عن احصان القذف فانه غير هنا على ما يجيء ان شاء الله تعالى في باب حد
الحرية فان الاحصان يطلق عليها قال الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات اي
الحرائر باجماع الامة والتكليف لكونه عاقلا بالغا فان غير المكلف ليس باهل للعقوبات
والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن والوطء بنكاح صحيح
وهذا متضمن بشرطين النكاح الصحيح والوطء به اشترط الاول لان الاحصان يطلق عليه
لقوله تعالى والمحصنات من النساء اي المنكوحات وقال الله تعالى فاذا احصن اي تزوجن
واشترط الثاني لقوله عليه السلام الثيب بالثيب والثيابة لا تكون بلا دخول فعلا لا يكون
علما عليه اصل حال الآدمي الحرية الا بالنكاح قال صاحب الهداية يجب ان يعلم ان
حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الاحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الاحصان
حتى لو تزوج في عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقي مجردا ثم زنى يجب عليه الرجم
حال وجود الصفات المذكورة فيهما اي في الواطئ بنكاح صحيح والموطوءة به وحاصله
اشتراط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى ان المملوكين اذا كان بينهما وطء بنكاح
صحيح ثم عتقا لم يكونا محصنين • وكذا الكافران • وكذا الحر اذا تزوج امة او صغيرة
او مجنونة ووطئها لا يكون محصنا • وكذا المسلم اذا تزوج كتابية ووطئها لا يكون محصنا
وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لا تكون
محصنة • واعترض بانه كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة واجيب
بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه
ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام عليه فهما زوجان • وانما اشترط
هنا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة فيناط بالزنا عند اجتماعها الرجم
وابو يوسف يخالفنا في الكافرة والحجة عليه قوله عليه السلام لا يحصن المسلم
اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وقال عليه السلام لكعب
بن مالك وقد اراد ان يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك • ولا يجمع بين جلد
ورجم في المحصن ولا يجمع بين جلد ونفي في غير المحصن • وفي رواية عن احمد يجمع بينهما
لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب
جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة • ولنا ان النبي صلى الله عليه
وسلم لم يجمع بينهما في ماعز رض ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده صلى الله عليه وسلم
وقوله تعالى فاجلدوا ايدل على ان الموجب كل الموجب الجلد بقرينة الفاء الجزائية لانه
انما ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء • دل استقراء كلامهم انه هو الجزاء قال صاحب
الكفاية والجزاء ما كان كافيا لانه ينبئ عن الكفاية ولانه ذكر الجلد في ولو كان
النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء
يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه
عبادة بن الصامت ينسخ الكتاب بخبر الواحد وهو لا يجوز • وقال الفاضل الزيلعي يحتمل معنا
الثيب بالثيب جلد مائة او الرجم لان الواو تجيء بمعنى او قال الله تعالى جاعل الملائكة رسلا
اولي اجنحة مثنى وثلاث ورباع اي اولي اجنحة مثنى او ثلاث او رباع فيكون معنى الحديث
الثيب بالثيب الرجم ان كانا محصنين او جلد مائة ان لم يكونا محصنين • وعلى هذا المعنى
يستقيم لا اشكال فيه فان كل ثيب لا يرجم فيكون تنبيها منه عليه الصلاة والسلام على
الحكمين في الثيب قال صاحب الهداية ولان في التغريب فتح باب الزنا
لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء يعني ما يحتاج اليه من
الماكول والملبوس فيفضي الى اتخاذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لا
لازدياد شهوة • والحاصل ان الحديث الذي رواه عبادة بن الصامت اما
منسوخ او مأول • وفي نسخ حال الوجوب في العناية ان شئت فراجعه هو •

الا سياسة استثناء من قوله ولا يجلد ونفي يعني اذا راى الامام في تغريب الزاني
مصلحة كرفع دعارة فعل فلله على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد
في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة
روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد رجلين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه
نفى نصر بن الحجاج لافتتان النساء بصباحة وجهه بيانه ان امرأة كانت تحت
الغير ترنم به شعرا وهي القائلة هل من سبيل الى خمر فاشربها ام هل سبيل الى نصر بن الحجاج
وكان نصر بن الحجاج من بني سليم وكان فتى جميلا ذا فتنة فسمع عمر بن الخطاب
رضي الله عنه ذات ليلة وهذه المرأة تقول ذلك البيت فدعا بنصر بن الحجاج
وسيره الى البصرة فقال نصر يا امير المؤمنين ما ذنبي فقال لا ذنب لك انا الذنب
حيث لا اطهر دار الهجرة منك وعثمان رضي الله عنه جلد زانيا ونفاه الى مصر
وعلي كرم الله وجهه جلد زانيا ونفاه ايضا وروي ان عمر رضي الله عنه نفى زانيا
فارتد ولحق بالروم فحلف رضي الله عنه ان لا ينفي احدا بعد هذا فلو كان مشروعا
حدا لما حلف ان لا يفعل وقال علي كرم الله وجهه كفى بالنفي فتنة والحد شرع
لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدا قال صاحب الاصلاح والايضاح
في رسالته التي عملها في التعريب والسياسة معرب سه يسا وهي لفظة مركبة
من كلمتين اوليهما عجمية والاخرى تركية وسه بالعجمي ثلاث ويسا في التركي بيان لفظ سياسة
بمعنى الترتيب فكانه قيل الترتيب الثلاثة وسبب هذه التسمية ان جنكيز
خان ملك المغول كان قد قسم ممالكه بين اولاده الثلاثة وجعلها ثلاثة اقسام
واوصاهم بوصايا لم يخرجوا عنها فبقيت تلك الوصايا فيما بينهم الى يومنا هذا
مع كثرتهم واختلاف اديانهم وصاروا يقولون سه يسا يعني الترتيب الثلاث
التي رتبها جنكيز خان لكي تثقل في تلفظ العامة فعربوها بالتغيير وقالوا سياسة انتهى
والزاني المريض يرجم ان كان حده الرجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب مرض ولا يجلد
ان كان حده الجلد ما لم يبرأ من المرض كيلا يفضي الى الهلاك وهو غير مستحق ولهذا لا
يقام القطع عند شدة الحر والبرد كيلا يفضي الى الهلاك بسبب الحر او البرد والهلاك
غير مستحق والحامل الزانية ان ثبت زناها بالبينة تحبس حتى تلد كيلا تهرب
بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل في درء الحد فلا يفيده الحبس فترجم الحامل اذا
كان حدها الرجم اذا وضعت الحمل ولا يؤخر الى خروجها من النفاس ولا ترجم قبل
وضع الحمل لانه يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وفيه حكاية معروفة بين
عمر وعلي رضي الله عنهما حتى قال عمر رضي الله عنه لولا علي لهلك عمر ولا تجلد
الحامل ان كان حدها الجلد ما لم تلد وتخرج من نفاسها لان النفاس نوع مرض
فيؤخر الى زمان البرء وهو الخروج من النفاس بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد
وقد انفصل وهلاكها مستحق فلا يؤخر الى زمان البرء وان لم يكن للولد
من يربيه لا ترجم حتى يستغني الولد عنها لان في التاخير صيانة للولد عن
الضياع روي ان الغامدية لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله
عليه وسلم وكانت حاملا قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم
ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت فقال لها
ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اخاف ان اموت قبل ان أُحَدَّ
فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
برجمها فدل ان التاخير الى الاستغناء اذا لم يكن لولدها مرب وقال صاحب
الاختيار وفي رواية اخرى جاءت بعد زمان بولدها وفي يده كسرة خبز فقالت
يا رسول الله هذا ولدي وقد استغنى فامر برجمها فرجمت ه ٥

فارجها

باب الوطء

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجبه وما لا يوجبه الشبهة دارئة
للحد لقوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ما استطعتم هذا حديث
تلقته الامة بالقبول وانما اختلفوا في ثبوت الشبهة وبعدها فيحتاج الى تحديدها
وتنويعها فالشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وهي نوعان شبهة في الفعل
وتسمى شبهة اشتباه يعني هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في حق
من لا يشتبه عليه حتى انه لو قال علمت انها حرام حد وهي اي الشبهة في الفعل
ظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امرأته تحل له بناء على ان الوطء نوع استخدام
والاستخدام يحل فكذا الوطء فيكون تحقق الشبهة بالنسبة الى الظان فلا يحد فيها
اي في الشبهة في الفعل ان ظن الواطئ الحل والا اي وان لم يظن الحل يحد قال الاخوة الشبهة
في ثمانية مواضع والى هذه المواضع اشار بقوله كوطء معتدة من ثلاث لان بقاء
اثر النكاح وهو العدة لا يبعد ان يصير سببا لان يشتبه عليه حل وطئها او كوطء معتدة
من طلاق على مال لان اثر النكاح وهو العدة باق ايضا فلا يبعد ان يصير سببا او كوطء
ام ولد اعتقها وهي في العدة لان بقاء العدة ايضا مع كونها مملوكة في الاصل لا يبعد ان
يصير سببا لاشتباه حل وطئها او كوطء امة اصله اي ابيه او امه وان علا
فان اتصال الاملاك بين الاصول والفروع يفيد ظن ان للابن وطء جارية ابيه او امه
كما في العكس وقوله وان علا ذكره صاحب المختار او كوطء امة زوجته
فان غنى الزوج بمال زوجته المستفاد من قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال
خديجة رضي الله عنها يورث شبهة ان مال الزوجة ملك للزوج قال المولى
يعقوب باشا في حواشيه على صدر الشريعة وههنا كلام وهو انه قد اجمع على ان
نسبة الاغناء نسبة مجازية صرفة بخلاف قوله عليه السلام انت ومالك لابيك
على ان هذا التفسير غير متعين كما ذكر في كتب التفسير مع انه يحتمل الخصوص له
صلى الله عليه وسلم وقال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر بعد ما نقل منه
وانت خبير بان هذه الامور غير مانعة لايراث الشبهة الدارئة للحدود انه قال
صاحب الكشاف فاغناك بمال خديجة انتهى او كوطء امة سيده فان احتياج
العبد الى مال المولى اذ ليس له مال ينتفع به مع كمال الانبساط بين مماليك
مولى واحد ومع انهم معذورون بالجهل غالبا لاعتقادهم حل وطء اماء المولى
وكذا وطء المرتهن المرهونة فان مالكية المرتهن المرهونة ملك يد يفيد ظن
حل وطء المرهونة في الاصح احتراز عن رواية كتاب الرهن وهي انه لا يحد سواء
ادعى الظن او لا وهي رواية الايضاح ووجه انه يحد سواء ادعى الظن او لا كذا في
حاشية يعقوب باشا ثم في هذه المواضع الثمانية لا يحد ان قال ظننت انها
تحل ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والنوع الثاني من نوعي الشبهة
شبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وهي قيام دليل ناف للحرمة في ذاته فلا يحد فيه
ارتفع الشبهة في الحل وان علم الواطئ بالحرمة ولا يتوقف على ظنه كوطء امة ولده
وان سفل فان الدليل النافي للحرمة فيه قوله عليه السلام انت ومالك لابيك
او كوطء مشتركة اي كوطء الامة المشتركة بينه وبين غيره فان الملك في الامة المشتركة دليل جواز
الوطء او كوطء معتدة بالكنايات دون الثلاث فان الدليل فيه قول بعض الصحابة
ان الكنايات رواجع وقوله دون الثلاث معناه دون معتدة من الثلاث فان حكمها تقدم
وليس معناه ان الفاظ الكنايات اذا نوى بها الثلاث يكون حكمها غير ذلك قال صاحب الكافي
ووطء المعتدة بالكنايات بان قال لها انت بائن او حرام او بتة او خلية او برية او امرك بيدك
مثلا واراد البينونة او الثلاث ثم جامعها في عدتها لا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام انتهى

او كوطء البايع الامة المبيعة او كوطء الزوج الامة الممهورة قبل تسليمها اي قبل تسليم
المبيعة الى المشتري والامة الممهورة الى الزوج فان كون المبيعة في يد البايع بحيث لو
هلكت انتقض البيع دليل الملك في المبيعة وكون المهر صلة اي غير مقابل بالمال دليل
عدم زوال الملك في الممهورة ففي هذه المواضع لا يحد وان قال علمت انها حرام
والنسب يثبت في هذه اي في شبهة المحل عند الدعوة لا في الاولى اي في شبهة الفعل
وان ادعاه لان الفعل زنا محض في الاولى وان سقط الحد لمعنى راجع اليه وهي
اشتباه الامر عليه ولم يتمحض زنا في الثانية لقيام الموجب للحل ويجب العقر اي
مهر المثل في النوع الاول كذا في الكافي ثم انهم قالوا ان شبهة اخرى غير الشبهتين
المذكورتين وهي التي تثبت باعتبار عقد النكاح في وطء محرم نكحها فان العقد
اذا وجد حلالا كان او حراما متفقا على تحريمه او مختلفا فيه علم انه محرم او لم يعلم
لا يحد عند ابي حنيفة رح وعندهما اذا نكح نكاحا مجمعا على تحريمه فليس ذلك بشبهة
ويحد ان علم بالتحريم والا فلا كذا في الكافي ويحد بوطء امة اخيه او عمه
وان ظن حلها لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد
فان قيل لم يجعل هنا كالسرقة يعني اذا سرق مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب
بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان ولا وحشة فلم يتحقق هناك
الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز واما ههنا فالحل دائر مع الملك او العقد
ولم يوجد الملك ولا شبهة ولا العقد فيجب الحد وكذا يجب الحد
بوطء امرأة وجدها على فراشه وقال حسبتها امرأتي وان كان اعمى
لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن ظنه مستندا الى دليل مع انه قد ينام
على فراشه غيرها من المحارم التي في بيتها فلا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا
شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز
بالسؤال وغيره من الحركات والهيئات فلا يعذر ويكون مقصرا الا ان دعاها
فقالت تلك المرأة انا زوجتك فانه لا يحد لان الاخبار دليل وانما قال
فقالت انا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل ولم يقل انا زوجتك فواقعها
وجب عليه الحد كذا في العناية نقلا عن الايضاح لا بوطء اجنبية زفت اليه
وقلن اي النساء هي زوجتك فانه لا يحد بوطئها لانه اعتمد دليلا وهو الاخبار
في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأة وغيرها في اول الوهلة فصار
كالمغرور وهو الذي وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح ثم استحقت
فلا يجب عليه الحد فكذا الذي زفت اليه غير امرأته قال صاحب الهداية ولا يحد
قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف لان الملك منعدم حقيقة وعليه المهر لتلك
الاجنبية التي زفت قضى بذلك علي كرم الله وجهه وبالعدة كذا في الهداية و
الكافي وشروح الكنز وابن ملك وفي الاختيار قضى بذلك عمر رضي الله عنه
روي ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى سئل عن اخوين تزوجا اختين فزفت امرأة كل
واحد منهما الى زوج اختها فلم يعلموا ذلك حتى اصبحوا فذكر ذلك لابي حنيفة فقال
فليطلق كل واحد منهما امرأته تطليقة ثم ليتزوج كل واحد منهما المرأة التي دخل بها
وقال سفيان الثوري على كل واحد منهما المهر وعلى كل واحدة منهما العدة فاذا
مضت عدتها دخل بها زوجها فقال ابو حنيفة انت احسن ارأيت هل يبقى
في قلب كل واحد شيء لدخول اخيه بامرأته وكذا اذا طلق زوجته
قبل الدخول والخلوة لا يجب العدة وصحة لا تمنع نكاحه
ولا يبقى في قلب واحد منهما شيء كذا في الكافي

حكاية

قوله انت احسن بضم التاء وما مصدرية ويحتمل فتحها فيكون ما نافية والاول وهكذا فيه احسن لمحرره

ولا يحد

ولا يحد بوطء بهيمة لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد
ولا افساد الفراش ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمل على
ذلك نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستر فرج البهيمة الا انه يعزر
لانه ارتكب جناية وليس فيه حد مقدر وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولئن ثبت فمتأول بمستحل ذلك الفعل
وما روي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اتي برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة
فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يتعير الرجل به
اذا كانت البهيمة باقية لا لانه واجب كذا في العناية قال صاحب الكافي ثم ان
كانت الدابة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح ويضمن الفاعل قيمة البهيمة
ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذبح وتؤكل عند ابي حنيفة رح ولا تحرق بالنار
وعند ابي يوسف تحرق وتضمن لغيره قال مولانا عماد الرازي وفي بعض الكتب وجه الذبح
دفع تولد حيوان في صورة انسان ودفع تعير الرجل بها ان كانت باقية فتذبح ليقطع التحدث
ثم قال وفي كل من الوجهين قصور فان الاول دفع العار ممكن بالبيع من المسافرين وفي الثاني
يلزم ان لا يذبح حيوان ليس من شأنه التولد كالبغل مثلا الا ان يقال انها حكمة وليست
بعلة مطردة انتهى يقول الفقير كيف يمكن دفع العار بالبيع من المسافرين لانه يمكن ان
يرجع فيعود الى المكان الاول فتدبر ولا يحد بزنا في دار حرب او بغي يعني من زنى في دار الحرب
او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وقال الشافعي يحد لانه التزم باسلامه
احكامه اين ما كان يقام ومن جملة احكام الاسلام وجوب الحد على الزاني ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم لا يقام الحدود في دار الحرب ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم
لم يرد به حقيقة عدم الاقامة فحسب لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب
لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد ولان المقصود
هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار وهو يحصل بالاستيفاء
والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد يعري عن الفائدة وذلك
لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا ينقلب بعد ما خرج لانه اذا لم ينعقد موجبا لا ينقلب
موجبا قال صاحب العناية فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل
لانه خبر الواحد اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد
ذلك بخبر الواحد والقياس كذا اوضح تعليقا على هذا الطبق الشارحون
وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهي ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بدليل
بلفظ مقارن وليس في الاية بعد موجود ويجوز ان يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن
وهو قوله تعالى كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطء
الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا وانما خص
مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس قال مولانا سعدي افندي
خصت مواضع الشبهة بالاجماع كما ذكره الكاكي فينبغي نظرا بذلك انتهى
ولا يحد بوطء محرم تزوجها عند ابي حنيفة رح وان كان عالما بذلك وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا
اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكم الحل وهي من المحرمات
ولابي حنيفة رح ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد
وبنات ادم قابلة لذلك فكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام
الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل لتحريم الشرع فيورث الشبهة
لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

او بوطي من استاجرها ليزني بها فانه لا يحد عند ابح ره خلافا لهما وهو قول الشافعي
ايضا اذ ليس بينهما ملك ولا شبهة ملك فكان زنا محضا فوجب الحد وله ما روي
ان امراة سالت رجلا مالا فابى ان يعطيها حتى يمكنه من نفسها فدرا عمر رضي الله عنه
الحد وقال هذا مهرها ولان المهر اجر بالنص ولو قال امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد
فكذا لو قال استاجرتك او خذي هذه الدراهم لاطأك او مكنيني من نفسك بدرهم ولان
المستوفى بالوطي منفعة حقيقة وان كان في حكم العين شرعا فاعتبار الحقيقة يقتضي
ان يكون محلا لعقد الاجارة فاورث شبهة كذا في الكافي ثم ان قوله خلافا لهما راجع
الى المسئلتين معا لان خلافهما ثابت فيهما على ما بينا ومن وطي اجنبية فيما دون
الفرج اي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين يعزر لانه فعل منكر ليس فيه شيء مقدر
وكذا لو وطئها في الدبر يعزر ولا يحد عند ابح ره وضمير المفعول في وطئها راجع
الى الاجنبية لانه اذا اتى امراته او مملوكته في الموضع المكروه لا يجب الحد عندهما
ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان من الناس من يستحل لقوله
تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وبقوله تعالى فاتوا حرثكم انى شئتم من غير فصل
بين محل ومحل فيورث خلاف البعض شبهة او عمل عمل قوم لوط فانه يعزر
ولا يحد ايضا عند ابح ره قال صاحب الهداية وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن
وعندهما يحد كل منهما حد الزنا ان جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا وهو
احد قولي الشافعي لانهما اي العمل في الموضع المكروه وعمل اللواطة في معنى الزنا
لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد
سفح الماء وهو مناط الحد في الزنا فيلحقان به بالدلالة لا بالقياس لان القياس
لا يدخل فيما يندرئ بالشبهات وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في
موجبه من الاحراق بالنار وهو مروي عن الصديق رضي الله عنه وهدم الجدار عليه
وهو مروي عن بعض الصحابة والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار عليه
وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما والحبس في انتن المواضع حتى يموت
وهو مروي عن ابن الزبير رضي الله عنه ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنا
ولا هو في معنى الزنا اذ ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا
وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في احد الجانبين على ما هو الجبلة السليمة
والداعي الى الزنا من الجانبين وما لم يكونا في معنى الزنا فلا يلحقان به دلالة فبقي القياس
وهو هنا مثله باطل وما روي في قتلهما من قوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول
وقوله صلى الله عليه وسلم فارجموا الاعلى والاسفل وقوله عليه السلام من اتى امراة حائضا
او اتى امراة في دبرها فقد كفر بما انزل على محمد فمحمول على السياسة او المستحل
الا انه يعزر عنده لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال صاحب العناية قال
في الزيادات والراي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه
وقال صاحب الكافي ذكر في الروضة ان الخلاف في الغلام واما لو وطي امراة في دبرها
حد بلا خلاف والصحيح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات انتهى
وان زنى ذمي بحربية مستامنة في دارنا حد الذمي فقط لا الحربية عند ابح وعند محمد لان المستامن
من دخل دارنا لقضاء حاجة ومقصوده ولم يلتزم احكامنا فلا يقام عليه الحد ولا القتل لانه التزم ان لا يوذي احدا منا فاذا قتل مسلما فقد اذى وعند
ابي يوسف يحدان لان المستامن ملتزم لاحكامنا ما دام في دارنا وههنا يؤاخذ بالحد
وحد القذف فيقام عليه الحد وفي عكسه اي اذا زنى حربي بذمية حدت
الذمية لا الحربي عند ابح ره لانه لم يلتزم احكامنا وانما دخل دارنا لقضاء حاجة
مقصوده وعند ابي يوسف يحدان للعلة المذكورة ايضا وعند محمد لا يحدان

لان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه
في حق التبع واما الامتناع في حق التبع فلا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره انه
اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونها لان الامتناع في حق التبع
لا يستلزمه في حق الاصل واذا مكنت البالغة من الصبي او المجنون فانه لا يجب الحد
عليها لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع هنا لكن قال ابح ره ان
فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا على
الصحيح الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه لقوله تعالى ثم ابلغه مامنه واذا كان
كذلك كان تمكين المراة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا يوجب الحد لقوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا الاية فيجب الحد عليها لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف
الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان بالحرمات
والحاصل ان ابا ح ره يقول المراد من ايجاب امتناع الحد في حق الاصل امتناعه في حق التبع
ان الامتناع في حق الاصل لعدم وجود المقتضي يوجب امتناعه في حق التبع واما الامتناع
بعد وجود المقتضي لتحقق المانع فلا يوجب الامتناع في حق التبع تدبر والمراد بالحرمات
ترك الاشتغال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون بالعبادات في حق
تضعيف العذاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين
فانهم قالوا بانهم مخاطبون بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات كذا في البنايه
وان زنى مكلف بمجنونة او صغيرة حد المكلف وحده بالاجماع لان فعل المكلف محض زنا
فوجب عليه الحد ولم يجب على المجنونة والصغيرة لعدم التكليف وقيد صاحب الهداية الصغيرة
بقوله يجامع مثلها فقال صاحب غاية البيان وانما قيد بقوله يجامع مثلها لانه اذا كان
لا يجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان البهيمة لان الطباع السليمة لا ترغب
في مثلها وفي عكسه اي في زنا المجنون او الصبي بالمكلفة لا حد عليهما
ولا عليه وقال زفر والشافعي يجب الحد على المكلفة وهو رواية عن ابي يوسف
وعن هذا قال الا في رواية عن ابي يوسف لما قياس احد الجانبين بالاخر حيث
قال العذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب سقوط الحد من جانبه
فكذا العذر من جانبه وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوط الحد من جانبها
والجامع ان كلا منهما يؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما المراة محل الفعل
ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا
تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مكنة للفعل فيتعلق الحد
في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته
وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد وههنا اعتراض في العناية بوجيز
مع جوابه ان شئت فراجعه ولا حد بزنا المكره وكان ابح ره يقول اولا
عليه الحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الالة
وهذا اية الطواعية ثم رجع عنه وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون
طبعا كما في النائم على انه قد ينتشر الته لفرط فحوليته وان لم يكن له
قصد واختيار قال صاحب الهداية والكافي ما محصوله ان عدم الحد على
تقدير اكراه السلطان وان اكرهه غير السلطان فزنى حد عند ابح
ره وقالا لا يحد ايضا لان المعتبر خوف التلف وذا يتحقق اذا كان المكره
قادرا على ايقاع ما هدده به سلطانا او غيره بل خوف التلف هنا اظهر لان
المتغلب يكون مستعجلا لما قصده لخوفه على نفسه من السلطان وليس السلطان
مستعجلا فاذا تحقق الاكراه من السلطان بالتهديد فمن المتغلب اولى

وله ان الاكراه من غير السلطان لا يدوم الا نادرا لان المبتلى به يستغيث
بالسلطان او بجماعة المسلمين او يدفعه عن نفسه بالسلاح فلا يسقط به الحد بخلاف
السلطان فانه لا يمكنه ان يستغيث بغيره ليدفع شره عنه ولا الدفع عليه بالسلاح
فيتحقق خوف التلف على نفسه فيكون ذلك مسقطا للحد عنه وقال بعضهم هذا
اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لانه لم يكن في زمن ابي حنيفة رحمه الله لغير
السلطان من القوة بحيث يتجاسر على اكراه غيره وفي زمنهما ظهرت القوة
لكل متغلب بحيث يتجاسر على الاكراه فافتى كل بما عاين في زمانه يقول الفقير
وفي زماننا هذا ظهرت القوة لكل متغلب ظالم مما لا يكره السلطان فينبغي ان يفتى بقولهما
ولا يحد ان اقر احدهما بالزنا وادعى الاخر النكاح يعني ان اقر اربع مرات في مجالس مختلفة
انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وانكر الرجل وقال تزوجتها فلا حد
وعليه المهر في الصورتين لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث
شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما
اذا اقرت المرأة بالزنا لانها زانية ووجب المهر فكيف يجب لها وهي منكرة للنكاح
اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى
الحد عنه في هذا الوطء لان في دعواه اما ان يكون صادقا او كاذبا فان كان الاول
يثبت النكاح وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال
في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وبسقوطه يلزم
وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة او عقوبة فاذا تحقق اللزوم بدون
اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته هـ
ومن زنى بامة فقتلها به اي بالزنا لزمه الحد والقيمة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه قال صاحب العناية وانما وضع المسئلة
في الامة وان كان هذا الحكم اعني وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والامة
فانه لو فعل ذلك في الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة عدم وجوب
الحد عند اداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة تصلح ان
يكون ملكا للزاني عند اداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد
وهو وجه قول ابي يوسف في هذه المسئلة وعند ابي يوسف لزمه القيمة فقط
لا الحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة واعتراض الملك قبل اقامة الحد
يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع فصار كما اذا اشتراها
بعدما زنى بها قال صاحب الهداية وهو على هذا الخلاف يعني اذا اشترى الجارية
بعد الزنا قبل اقامة الحد فعند ابي حنيفة ومحمد يحد خلافا لابي يوسف ولهما
انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم والدم مما لا تملك ويمكن ان يقرر هكذا
لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والميت ليس بمحل للملك
ولئن سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في العين لا في منافع
البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان
ولا مستندا لان المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع مستوفاة معدومة
والخليفة وهو الامام الذي ليس فوقه امام يؤاخذ بالمال وبالقصاص لانهما من حقوق العباد
فيستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين لا بالحد لانه خالص حق الله تعالى
واقامته اليه لا الى غيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وعد منها
اقامة الحد ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل
احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه يستوفيه اذ ليس فوقه امام وفائدة الوجوب
الاستيفاء فاذا تعذر الاستيفاء لعدم المستوفي لا يجب كما في دار الحرب

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكر ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غيرهما الاقرار والشهادة
فاخر الشهادة عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت
الزنا عند الامام بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة
اذ رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة في غاية الندرة
لا تقبل الشهادة بحد متقادم من غير بعد عن الامام لان الاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى
تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى
الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان
لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم
فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع عن قبول الشهادة
بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه على ما سيجيء عن قريب ان شاء الله تعالى
فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة الخالصة حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار
فيكون التقادم فيه مانعا وقيد بقوله من غير بعد عن الامام لان التاخير بعذر بعده
عن الامام لا يضر فتقبل وان اخرت الا في القذف فان الشهادة بقذف متقادم
تقبل لان فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح الرجوع بعد الاقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم
على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وفي السرقة يضمن المال يعني اذا
شهد شهود السرقة بعد التقادم لا يحد السارق ويضمن ما سرق لان التقادم
لا يمنع الضمان لانه حق العبد ويمنع الحد لانه حق الله تعالى ويصح الاقرار به يعني لو اقر
بما يوجب الحد بعد التقادم يحد لانتفاء تهمة الحقد والعداوة قال صاحب الهداية
الا في الشرب كما سياتي وتقادم غير الشرب شهر في الاصح اختلفوا في حد
التقادم اشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار
الطحاوي وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى
قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة رحمه الله ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضها الى رأي
القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله ذكر في المجرد قال ابو حنيفة لو سأل القاضي متى زنى بها فقالوا منذ اقل من شهر
اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ الحد قال الناطفي فعلى هذه الرواية
يقدر بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد واصله مسئلة اليمين وهي انه لو حلف ليقضين
دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه كما مر قال صاحب الهداية
والتقدير بشهر هو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر واما
اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة وتقادم
الشرب بزوال الريح عند ابي حنيفة وابي يوسف على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى
وعند محمد بشهر ايضا اي كتقادم غير الشرب وان شهدوا بزنا بغائبة قبلت
شهادتهم ويحد وكذا اذا اقر بذلك بخلاف سرقته من غائب يعني اذا
شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم تقبل ولم يقطع قال صاحب البداية
وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله اولا لا يحد لشهادتهم بزناه بغائبة وهو القياس كذا
ذكره الفقيه ابو الليث رحمه الله وذلك لانها اذا حضرت ربما جاءت بشبهة دارئة للحد
والحدود تندرئ بالشبهات لانه اذا دخل في الحد لعل وعسى لا يجب الحد لقول علي
وابن عباس رضي الله عنهم اذا كان في الحد لعل وعسى يبطل الحد وعلى قوله
الاخير وهو قول ابي يوسف ومحمد يحد الرجل لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعتبر غيبة المرأة

الاترى ان ماعزا رضه اقر بالزنا بامراة غايبة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمه ولانت
عنينها توهم دعوى النكاح او ما اشبه ذلك اذا حضرت ويسقط الحد بشبهة قائمة
لا باحتمال شبهة ستوجد فلم يعتبر مثل ذلك لانه بابا اقامة الحد اصلا لانه يحتمل ان
يرجع الشهود عن شهادتهم والمقر عن اقراره ومع هذا لا يعتبر ذلك وقد قال عليه السلام
ادرءوا الحدود بالشبهات ولم يقل بتوهم الشبهات وهذا بخلاف ما اذا كان احد
وليي القصاص غايبا حيث لا يستوفي القصاص لجواز ان يحضر فيعفو لانه اذا حضر وعفا
سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا غاب كان احتمال العفو شبهة
فاعتبرت الشبهة وفيما نحن فيه اذا حضرت وادعت النكاح كان شبهة فاذا غابت
احتمل الشبهة وفي ذلك شبهة الشبهة فلا تعتبر لانه وهم بخلاف السرقة لان الدعوى
شرط في السرقة دون الزنا لان القطع لا يجب الا باخذ المال ولا يثبت الا بحضور
صاحبه فما لم يحضر الدعوى لم تقبل الشهادة لان المال خالص حق العبد
وفي قول ابن ابي ليلى يقطع لان حد السرقة حق الله تعالى نصا كحد الزنا
وان اقر بالزنا بمجهولة حد يعني لو اقر بالزنا بامراة لا يعرفها حد لان جهل المقر
لا يدفع الحد اذ لو كانت امراته او امته لا يخفى عليه وان شهدوا كذلك
يعني اذا شهدوا بامراة لا يعرفونها لا يحد لاحتمال انها امراته او امته بل هو الظاهر
وكذا لو اختلفوا في طوع المراة يعني لو شهد اثنان انه زنى كرها واخران انها طاوعته
لا يحد عند ابي حنيفة وهو قول زفر وعندهما يحد الرجل خاصة لاتفاق شاهدي الاكراه
وشاهدي الطواعية على موجب الحد في جانب الرجل وهو الزنا طوعا بخلاف جانبها
لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهم وعدم الوجوب
في حقها بمعنى غير شرط لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه
كما في وطي الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة ان الشهود به قد اختلف
لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين
وهولاء اثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا
والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما فعلا
يخالف الاخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة
ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لعدم نصاب الشهادة والقاذف
خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام
بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية
ولكنه سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط
احصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تاثم بسبب الاكراه
ولا يحد احد لو اختلف الشهود في بلد الزنا يعني لو شهد اثنان انه زنى بامراة
بالكوفة واخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل
الزنا وقد اختلف باختلاف المكان فلم يتم على كل واحد نصاب الشهود
ولا يحد الشهود ايضا خلافا لزفر لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد
فصاروا كما لو شهد ثلاثة على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف
ولنا ان الشبهة دارئة للحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهود ولهم
اهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة نظرا الى اتحاد الصورة من
اتحاد الفعل بالزاني والمزني بها والمراة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فقط
فيثبت بشبهة الاتحاد في المشهود به فيندرئ الحد والحاصل انها شهادة مرجوحة ومرجحة
فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه

او شهد

او شهد اربعة بانه اي الزنا في البلد في وقت واربعة به في ذلك الوقت ببلد اخر يعني لو شهد
اربعة انه زنى بامراة بالكوفة عند طلوع الشمس واربعة اخرى انه زنى بها في البصرة
عند طلوع الشمس ايضا لم يحد احد اما الرجل والمراة فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين
غير عين واما الشهود فلاحتمال صدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في كلام
كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف وكذا
لا يحد احد لو شهد اربعة على امراة به اي بالزنا وهي بكر او هم فسقة او شهود على شهود
اما اذا كانت بكرا فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فلهذا لا يحدان واما عدم الحد
على الشهود فلان بكارتها علمت بان نظرت النساء اليها وقلن انها بكر وشهادتهن
حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا لا يجب الحد عليهم واما اذا
كانوا فسقة فلان الفاسق من اهل الاداء والتحمل بالنص قال الله تعالى ان جاءكم
فاسق بنبا فتبينوا فالامر بالتبين دليل على ان الفاسق من اهل الاداء ولانه
لو لم يكن اهلا لما امر بالتبين الا ترى ان العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتبين
وذكر الامام قاضيخان ان الشهود ثلاثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة
الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء ولكن بصفة النقصان وهو
الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف
ولهذا ينعقد النكاح بهما اذا تقرر هذا فاعلم ان الفاسق من اهل الاداء والتحمل
وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ
عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار القصور في الاداء لتهمة الفسق
يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان اي حد الزنا على المشهود عليه
وحد القذف على الشهود واما اذا كانوا شهودا على شهود فلان في شهادة
الفروع زيادة الشبهة يعني ان في جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها تحمل
لئلا يلزم انسداد باب الحقوق وفي الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحمل
لان الكلام اذا تناولته الالسنة تكون فيه زيادة ونقصان فيكون فيها زيادة
الشبهة فلا يتحمل ولا يحد الشهود لان عددهم كامل وامتناع الحد على المشهود
عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه وان شهد به اي بالزنا
الشهود الاصول بعد ذلك اي بعد شهادة الفروع يعني لو جاء الاولون
وشهدوا بعد شهادة الفروع على ذلك الزنا بعينه لم يحد احد لان شهادة
الاصول قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم
قائمون مقامهم وشهادتهم والشهادة في حادثة اذا ردت مرة لم يقبل فيها ابدا
وحد المشهود عليه لو اختلف الشهود في زوايا البيت استحسانا
والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق
ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى
بالاضطراب قال صاحب الكافي هذا اذا كان البيت صغيرا بحيث يحتمل ذلك
واما اذا كان كبيرا فلا فان قيل التوفيق غير مشروع لايجاب الحد لانه
احتيال للاقامة وقد امرنا بالاحتيال للدرء قلنا التوفيق في الحدود مشروع
صيانة للبينات عن التعطيل قيل وهنا يشكل على قول ابي حنيفة في مسئلة
الاكراه والطواعية لامكان هذا التوفيق بان يكون ابتداء الفعل بالاكراه وانتهاؤه
بالطوع ويمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد
في النظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك انتهى
وحد الشهود فقط لو كانوا عميانا او محدودين في قذف لان المشهود عليه لا
لا يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة

وان كانوا اهلا للتحمل فلم يثبت بشهادتهم لان الزنا لا يثبت الا بالاداء عند القاضي ولا اداء
للعميان والمحدودين في القذف لكاملا ولا ناقصا فانقلب شهادتهم قذفا لانهم نسبوا
الى الزنا ولم يكن نسبتها الى الزنا شهادة فكان قذفا فلهذا يحدون
او كانوا اي الشهود اقل من اربعة لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد فانّ الشاهد
مخير بين حسبتين وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة
ايضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة
شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة. واذا لم يوجد الحسبة يثبت القذف لان خروج
الشهادة من القذف انما كان باعتبار الحسبة او واحد منهم عبد او محدود في قذف
لانه لا يثبت بشهادتهما المال فكيف الحد على ما رأينا وكذا لو وجد احدهم
عبدا او محدودا في قذف بعد حد المشهود عليه لانهم قذفة اذ يبقى الشهود ثلاثة
وديته في بيت المال ان رجم يعني لو شهد الشهود والزاني محصن فرجم ثم ظهر احدهم
عبدا او محدودا فديته في بيت المال لانه حصل بقضاء القاضي وهو خطأ منه وخطأه
في بيت المال لان نفع عمله للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وهو مال بيت المال وهذا
بالاجماع وارش جرح ضربه او موته منه هدر عند ابي حنيفة رحمه الله يعني لو شهد الشهود
بزنا والزاني غير محصن فجلد فجرحه الجلد او افضى الى الموت ثم ظهر احدهم عبدا
او محدودا فارش جرح ضربه او موته منه هدر لان الجرح غير مضاف الى شهادتهم
لانهم امروا بشهادتهم الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولهذا لا يجلد
في الحر والبرد الشديد ولا يجلد قائما على المريض تفاديا عن الاتلاف فعلم ان
الجرح ما وقع الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته او خيانته فاقتصر عليه
الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة
ولانه مامور به وفعل المامور به لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الفصد قال صاحب القاموس
الارش الدية وفي المغرب الارش اسم للواجب على ما دون النفس فيكون الارش
ههنا بمعنى الدية مطلقا على ما في القاموس لانه اطلق الارش مضافا الى الجرح
والموت وقالا الارش في بيت المال ايضا كما في الرجم لان الواجب
بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح
وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على
بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة
في مالهم وهو بيت المال فصار كالرجم وكذا الخلاف لو رجع الشهود
يعني لو شهدوا بزنا والزاني غير محصن فجلد فجرحه الجلد او افضى الى الموت ثم رجع
الشهود فارشه هدر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع الارش
في بيت المال ودليل الفريقين ايضا مامر ولو رجعوا بعد الرجم يعني لو شهدوا بزنا
والزاني محصن فرجم ثم رجع الشهود حدوا اي الشهود حد القذف فان الشهادة
قد انفسخت بالرجوع فانفسخ ما يبتني عليها وهو القضاء فصاروا كانهم قذفوا
الميت في الحال فيحدون كما ان الملك وقال زفر لا يحدون وقيد بقوله بعد الرجم
لانهم لو رجعوا بعد الجلد يحدون اتفاقا ولا يقتل الشهود وقال الشافعي يقتلون
لانهم قاتلون معنى لان القتل وجب بسببهم ولنا ان علة القتل هو القضاء ومع وجود
العلة لا يضاف الحكم الى السبب فلا يلزمهم القصاص ولكنهم لكونهم اسبابا للقتل
يضمنون الدية ومن هنا قال وغرموا الدية وكل واحد من الشهود رجع
صفة كل حد خبر كل وغرم ربعها اي ربع الدية واما غرامة الربع فلانه بقي
من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون التلف بشهادة
الراجع ربع الحق واما الحد فمذهب الثلاثة هو

وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم
بحكم القاضي فيورث شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لانه ينفسخ به الشهادة
فيجعل في الحال قذفا للميت واذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها
انفسخ ما يبتني عليها وهو القضاء وانما انفسخ القضاء بدفع القول بكونه مرجوما بحكم
القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه ولو رجع احد
خمسة بعد الرجم فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع
فان رجع آخر بعد رجوع الخامس حدا وغرما ربعها اي ربع الدية اما الحد فلما
ذكرنا من قبل من قولنا ان الشهادة انما ينقلب قذفا بالرجوع مع انه لما رجع الثاني لم
من الشهود من يتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما فيحدان فان قيل الاول منهما غير
رجع لم يجب عليه حد لا ضمان فلو لزم ذلك لكان لزومه برجوع غيره ورجوع الغير لا يكون
ملزما اياه الحد اجيب بان الحد لم يجب لا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء
الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر
لا بزوال المانع واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر
بقاء من بقي على ما عرف من قبل ولو رجع واحد قبل القضاء حدوا كلهم تاكيد
لنا على حدهم وعن زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره فيبقى كلامهم شهادة
في حقهم وان بطل في الراجع ولنا ان كلا منهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة
باتصال القضاء فاذا لم يتصل بقي كلامهم قذفا فيحدون ولو رجع واحد بعد القضاء
قبل الحد فكذلك حد الكل لان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء
ولو رجع واحد قبل القضاء حدوا جميعا كما مر آنفا فكذلك بعد القضاء قبل الامضاء
وعند محمد حد الا الراجع فقط لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع
كما اذا رجع بعد الامضاء ولو شهدوا فزكوا اي زكى نفسا ذا عدد في تزكية الشهود
الوصف بكونهم ازكياء فرجم بكونه محصنا ثم ظهروا كفارا او عبيدا فالدية على المزكين
ان رجعوا عن التزكية وقالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ولا اي وان لم يرجعوا عن التزكية
بل اصروا عليها فعلى بيت المال عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على بيت المال مطلقا اي سواء رجعوا
عن التزكية او لم يرجعوا لانهم لو ضمنوا لكان الضمان ضمان عدوان وذا بالمباشرة او
التسبيب وقد فقدا اما الاول فظاهر وكذا الثاني لان سبب الاتلاف الزنا وهم ما
اثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان الا انهم اثنوا على الشهود
عليه وهؤلاء اثنوا على الشهود فكما لا يضمن شهود الاحصان بالرجوع لا يضمن المزكون ايضا
وله ان الشهادة تصير حجة موجبة بالتزكية فصارت التزكية كعلة العلة فالتلف يضاف الحكم
اليها بخلاف الشهادة على الاحصان لانها علامة محضة والشهادة على الزنا موجبة
للعقوبة بلا احصان ولا فرق في التزكية بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا الا
التزكية بلفظ الشهادة لا يشترط ثم انهم قالوا هذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام واما اذا
قالوا هم عدول فظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا لانهم صادقون في ذلك اذ الرق لا ينافي
العدالة لانها اجتناب عن محظورات دينه ولكن القاضي غلط حيث اكتفى بهذا القدر
فلهذا لا يضمن المزكون ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد
القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلم يورث عنه ولو قتل احد المامور برجمه يعني اذا
شهد اربعة على رجل بالزنا وكان محصنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه فظهروا
اي الشهود كذلك اي عبيدا او كفارا فالدية في مال القاتل استحسانا والقياس
ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق ووجه الاستحسان ان القضاء
صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا
يثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه يثبت شبهة الاباحة

بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه قتل شخصا على ظن انه مباح الدم
ثم ظهر بخلافه فصار كمن قتل شخصا على ظن انه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر انه مسلم وانما يجب الدية في مال
القاتل لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل فيجب مؤجلا
بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن
في البيع فان قتله هذا الرجل رجما ثم ظهروا عبيدا ونحوهم فالدية في بيت المال لانه فعل ما امر
به الامام فانتقل فعله اليه ولو اقر الشهود بتعمدهم النظر لا ترد شهادتهم لانه يباح النظر
ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة قال صاحب العناية وفي الجامع الصغير
لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على انفسهم فان النظر
الى عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفيته لاحتمال ان يكون ذلك
وقع اتفاقا لا قصدا ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان
والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة فالشهود لهم حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشا
في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا انتهى ولو انكر الاحصان يثبت
بشهادة رجلين او رجل وامراتين خلافا لزفر والشافعي فالشافعي على اصله ان
شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ
عند وجوده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة وهو الزنا فلا تقبل
شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي
زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا يقبل يعني ان الزاني لو كان مملوكا لذمي
وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان
شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان العتق فيها تكميل
العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فيه فهذا مثله ولنا ان الاحصان
عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها
فرض اليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فكونه
والحال ان هذه الخصال الحميدة مانعة عن الزنا لان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح
لان الحر يتولى امور نفسه ولم يختص ولاية احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال
لا محالة والدخول يشبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد
اعتقاد الحرمة فيكون الكل زاجرة عن الزنا وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون
علة للعقوبة الغليظة فلا يكون قول زفر انه شرط في معنى العلة مسلما وصار كما اذا
شهدوا بالاحصان في غير هذه الحالة يعني لو شهد رجل وامراتان في غير حالة
الزنا ان فلانا تزوج هذه المراة ودخل بها قبلت شهادتهم فكذلك ههنا يثبت
بشهادة رجل وامراتين بخلاف ما ذكر من شهادة الذميين على ذمي
انه اعتق عبده المسلم قبل الزنا لان العتق هناك يثبت ايضا بشهادتهما
وانما لا يثبت سبق التاريخ ينكره المسلم او يتضرر به من حيث اقامة العقوبة
الكاملة عليه وما ينكره المسلم او يتضرر به لا يثبت بشهادة اهل الذمة
فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم
او ولادة زوجته منه يعني اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الدخول بعد
وجود سائر شرائط الاحصان يثبت الدخول بولادة زوجته منه لان
الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب
الرجعة والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي به شبهة الاثر انه ثبت
بشهادة رجل وامراتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من
شروط الاحصان فالحكم بثبوت النسب كذا في العناية

بالنظر

يقول الفقير

يقول الفقير ولا يخفى ما في عبارة المصنف من التسامح لان الاحصان عبارة عن الخصال
الحميدة التي ذكرنا والخصلة التي تثبت بولادة زوجته منه من هذه الخصال هو الدخول فقط
لا سائر الخصال غاية ما في الباب ان جميع الخصال التي الاحصان عبارة عنه يمكن ان يثبت
بشهادة رجلين او رجل وامراتين والدخول فقط من هذه الخصال كما يثبت بها
يثبت ايضا بولادة زوجته منه فيكون الضمير المستتر في يثبت المذكور راجعا الى بعض
الاحصان وفي يثبت المقدر في قوله او ولادة زوجته الى خصلة من خصال الاحصان
وهي الدخول على طريق الاستخدام ومن هنا قال صاحب الهداية معناه ان ينكر
الدخول بعد وجود سائر الشرائط تدبر

باب حد الشرب

انما اخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة
قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال والذين
لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون
ولهذا لم يحل في دين من الاديان روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال قلت
يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك قلت ثم اي قال
ان تقتل ولدك خشية ان ياكل معك قلت ثم اي قال ان تزني بحليلة جارك فانزل الله
تصديقا لها هذه الآية التي تلوناها واخر حد القذف عن حد الشرب لان جريمة
الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر يحتمل الصدق والكذب
ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب لضعف في سبب القذف
لجواز ان يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا من شرب خمرا قال
صاحب القاموس الخمر ما اسكر من عصير العنب او عام والعموم اصح لانها حرمت
وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر سميت بالخمر لانها تخمر
العقل وتستره او لانها تركت حتى ادركت واختمرت او لانها تخامر العقل اي تخالطه
وهي مؤنث سماعي قال صاحب القاموس وقد يذكر ولو شرب قطرة
واحدة يعني بلا اشتراط السكر لان حرمة الخمر قطعية قال الله تعالى انما الخمر رجس
من غير فصل بين القليل والكثير فاخذ وريحها اي ريح الخمر موجود قال مولانا
سعدي افندي بحين الاخذ ولا تمس الحاجة الى وجود الريح عند الحضور الى مجلس
القاضي كما سيعلم من قريب انتهى يقول الفقير يريد به ما ذكره صاحب الهداية
بعد هذا في قوله فان اخذ الشهود وريحها يوجد منه فذهبوا به من مصر الى مصر
فيه الامام فانقطعت الرائحة قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر
كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد في مثله لا يتهم انتهى وانت خبير
بانه ان قرب المسافة يشترط وجود الريح عند الحضور الى مجلس القاضي عند ابي حنيفة
وابي يوسف يدل عليه بعض المسائل الاتية نعم المفهوم من قولهم فاخذ وريحها
موجود كونه موجودا عند الاخذ لان قولهم وريحها موجود جملة حالية من الضمير
في اخذ والشرط في الحال ان تكون مقارنة لزمان العامل ولا يلزم من هذه
المقارنة نفي وجوده بعد هذا الزمان والحاجة ماسة الى وجوده في محل ان قرب
المسافة عندهما تدبر او جاءوا به سكران ولو كان سكره من نبيذ
ونحوه من المسكرات غير الخمر يقال نبذت الشيء انبذه اذا القيته ومنه سمي
النبيذ لان التمر كان يلقى في الآنية ويصب عليه الماء وسيجيء حده وتحقيقه
في كتاب الاشربة ان شاء الله تعالى وشهد بذلك اي بشربه رجلان
لا رجل وامراتان فان شهادة النساء لا تقبل في الحدود واقر اي

او بشربه عند ابي ح ومحمد رحمهما الله تعالى صح

وعند ابي يوسف مرتين للاحتياط كما اشترط في الزنا اربع مرات ولا اختلاف فيه كالاقرار
في السرقة وسيجي ان شاء الله تعالى وعلم شرحه طوحاً فان الشرب بلا اكراه لا يوجب الحد
حد خبر قوله من شرب اذا صحا ليتادب وينزجر لان الظاهر انه لا يتالم حال السكر ولنا
في وجوب الحد قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان قيل تمام الحديث فان عاد
فاقتلوه وهو متروك العمل فليكن الباقي كذلك اجيب بانه ترك العمل به لذلك المعارض
وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث وليس شرب
الخمر منها فبقي الباقي معمولاً به لعدم المعارض ثمانين سوطاً للحر لاجماع الصحابة رضي الله عنهم
وكفى به حجة وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي اربعون جلدة لما روي
عن علي كرم الله وجهه انه امر ان يضرب شارب الخمر اربعين ولنا ما روي ان النبي
جلده بنعلين اربعين وكل نعل سوط فكان ثمانين وعن علي رضي الله عنه في رواية اخرى
انه قال ثمانون لانه روي ان عمر رضي الله عنه لما شاور الصحابة قال علي كرم الله وجهه
انه اذا سكر هذى واذا هذى افترى واذا افترى يجب عليه حد المفترين
وهو ثمانون سوطاً فعمل عمر رضي الله عنه بقوله بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فكان اجماعاً
واربعين سوطاً للعبد لان الرق منصف على كل حال مفرقاً ذلك على بدنه كحد الزنا
على ما روينا انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج وان اقر او شهدا
عليه بعد زوال ريحها لا لبعد المسافة لا يحد خلافاً لمحمد اعلم ان الاصل في التقادم
في هذا يمنع قبول الشهادة اتفاقاً الا انه قدر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
بذهاب الرائحة وعند محمد قدر بالزمان كما في حد الزنا والسرقة وهذا لان
وجود الرائحة لا يصلح دليلاً فقد يتكلف الشارب بزوال الرائحة مع بقاء الخمر
في البطن وقد يوجد رائحة الخمر من غير الخمر فان من استكثر اكل السفرجل يوجد
منه رائحة الخمر كما قال الشاعر يقولون لي انكهْ شربتَ مدامةً
فقلتُ لهم لا بل اكلتُ السفرجلا
وقال آخر سفرجلة تحكي ثُدِيَّ النواهد لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد
ولهما قول ابن مسعود رضي الله عنه حين اتي بسكران تَلْتِلوه ومَزْمِزوه
واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه التلتلة التحريك والمزمزة
التحريك ايضاً والاستنكاه طلب النكهة وعن عمر رضي الله عنه انه اتي
برجل قد شرب الخمر بعد ما ذهب رائحته واعترف به فعزره ولم يحده فان قيل
هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط وهو فاسد عندنا قلنا لا بل هذا
استدلال بعدم الاجماع لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع
الا برأيهم وابن مسعود رضي الله عنهما وما اقاما حد الشرب الا بقيام الرائحة
فعند عدمها لا اجماع فلا يحد فان قيل ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله
عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا اشتراط الرائحة قلنا خص منه شرب
اضطرار واكراه فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح لايجاب الحد وانما قدر بالزمان في غيره لتعذر
اعتبار والتمييز بين الروائح متيسر للمستدلين وانما يتعسر على الجاهلين اما
فالتقادم لا يبطل عند محمد كما في حد الزنا وعندهما لا يقام الحد عليه الا عند قيام الا
كذا في الكافي انما قال الا لبعد المسافة لان الا انه ان زالت لبعد المسافة
يحد كما نقلناه انفاً من الهداية ولا يحد من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها
لان الرائحة محتملة وكذا الرائحة والتقيؤ دليل شرب الخمر دون الطواعية
والحد لا يجب بمجرد الشرب ما لم يكن عن طوع وفي النهاية والعناية وغاية البيان
عن العلة الاولى وهي قوله لان الرائحة محتملة وجواب ان شئت راجع هذه الشروح

ثم ان صاحب

مطلب الاستشهاد في اكل السفرجل على دفع رائحة الخمر

مطلب احكام البنج وحرمته

ثم ان صاحب الهداية قال ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ لان السكر من المباح
لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وقال صاحب العناية والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة
الكتب خلافاً لرواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب
كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر
من البنج حرام مع انه ماكول فمن المشروب اولى كما ذكره صاحب النهاية وليس صحيحاً لان رواية
الجامع الصغير للامام المحبوبي يدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام
وكلام صاحب الهداية يدل على ان البنج مباح ولا تنافي بينهما يقول الفقير
نعلم من هذا ان البنج مباح وسكره حرام لكن بقي ان الحشيش المسمى بين الناس بالاسرار
هل البنج ذلك ام لا فان كان اياه لا يبقى شبهة في اباحته وانما الحرام سكره وان لم
يكن اياه بل غيره كان امره مشكلاً قال صاحب الاصلاح والايضاح حين استفتي
من مولانا الشهير بعرب جلبي عن الحشيش بان ما ذكر في شرح النقاية من ان المتأخرين
من الائمة الحنفية افتوا بحرمة الحشيش قليله وكثيره والافتاء بجلد ابتداع
وزندقة صحيح ام غير صحيح انه كلام مزخرف ليس من كلام اهل العلم فانه بعد ما قرر
بان الحشيش بنج لا معنى لان يقال انه حرام لان اباحة البنج مصرحة في جميع كتب الاصول
والفروع وعمرو بن اسد من كبار المخلصين للائمة الحنفية افتى بحل الحشيش
ولا يليق لمن هو من اهل الاسلام ان يقول ان عمرو بن اسد زنديق الا ان يكون هو
الزنديق من العوام انتهى وانت خبير بان كلامه هنا مبني على الاعتراف بكون الحشيش بنجاً
ولكن نحن صادفنا نقلاً من الكتاب المسمى بالمنتقى دالاً على ان الحشيش حرام
وهو هذا وتحريم اكل الحشيش وهو ورق العنب وقد تنوع اتباعنا من مشايخ
الشافعي على تحريم تناوله وافتوا بحرمته مع حطة قيمته وامرها بتاديب بايعه
وتشديد اكليه فالان فتوى المذهبين على حرمته حتى قال علماؤنا رحمهم الله من قال
بحل اكله فهو زنديق ومبتدع وحكموا بوقوع طلاق المتحشش زجراً كما في السكران
انتهى وصادفنا ايضاً نقلاً آخر من العناية شرح الوقاية وهو هذا سئل شمس الائمة
الكردري عن حل البنج وحرمته والبنج هو الحشيش فقال ما نقل عن ابي حنيفة واصحابه
شيء في حله وحرمته لان اكله ما ظهر في زمانهم بل كان مستوراً فمتى الاباحة الاصلية
كما في سائر النبات وحين فشى اكله وشاع تناوله افتى الامام المزني ببغداد
بحرمته على مذهب الشافعي وكان اول ظهوره في العراق والامام المزني ببغداد
فبلغ فتواه عند الى عمرو بن اسد من تلامذة ابي حنيفة رضي الله عنه وكان في عراق العجم فقال انه مباح
ولما عمت بليته وفتنته وظهر ما ظهر من انتشار اضراره حتى بلغت السفاهة على الحكام
وفرت البلوى على العقلاء بالكلية اختار ائمة ما وراء النهر باسرهم حرمته فاتفقوا على
فتوى الامام المزني بحرمة اكله وافتوا باحراق الحشيش مع حط قيمته وامرها بتاديب بايعه
وتشديد اكليه حتى قال علماؤنا المتأخرون من قال بحل اكله فهو زنديق ومبتدع انتهى
ووقع في جامع الفتاوى لمولانا الشهير بعرب امره مثل هذا التفصيل بل منه يقول
الفقير لا يخفى ما في هذين النقلين من المخالفة لكتب الاصول والفروع فانه صرح في جميعها
حل البنج ولبن الرماك وهما بعد ما قالا البنج هو الحشيش واعترفا بكونه اياه كيف
حكما بحرمته نقلاً من العلماء المتأخرين وصاحب الهداية والكافي حكما بحل البنج ولبن الرماك
وهما من المتقدمين والحاصل انه لا شبهة في حل البنج اصلاً ولا يلتفت الى ما نقل من العناية شرح
الوقاية ومن جامع الفتاوى لانهما مخالفان للكتب المعتبرة انما الشبهة في حل الحشيش على تقدير
ان لا يكون البنج هو الحشيش ويكون شيئاً آخر غيره قال صاحب القاموس البنج نبت مسبت
وهذا يشير الى انه هو الحشيش فلا يكون حراماً انما الحرام سكره هذا خلاصة الكلام بعون الله تعالى
قال فخر الدين قاضيخان لو تناول البنج او الافيون الى ان ذهب عقله يحرم ذلك ولا يحد فيه

او اقر ثم رجع عن اقراره فانه لا يحد لانه خالص حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع او اقر
سكران فانه لا يحد لزيادة احتمال الكذب في اقراره لان الاقرار خبر يحتمل الكذب
وانما يحد من سكر من النبيذ اذا زاد احتماله فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك
باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى
وحد المفتري ثمانون وهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد
والسكر الموجب للحد ان لا يعرف الرجل من المراة والارض من السماء
وعندهما ان يهذي اي يتكلم غير معقول يقال هذى يهذي هذيا وهذيانا تكلم
غير معقول كذا في القاموس ويخلط كلامه قال صاحب العناية ان يكون
غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران واليه مال اكثر المشايخ
وعن ابي الوليد قال سالت ابا يوسف عن سكران الذي يجب عليه الحد قال
ان يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه
السورة وربما اخطأ فيها الصاحي قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع
قراءتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ولا يبعد ان الحنفية
توخذ في اسبابها باقصاها درأ للحد ونهاية السكران يغلبه السرور على العقل
فيسلبه من التمييز بين شي وشي حتى بين الرجل والمراة وبين الارض والسماء
ولا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو
يعني انه اذا كان يميز بين الاشياء نعرف انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور
فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ
بالشبهات وهذا وافق الامامين في السكران الذي يحرم عنده القدح يعني ان
المعتبر فيه هو اختلاط الكلام عند الجميع لان اعتبار نهاية السكر فيما يندرئ
بالشبهات والحل والحرمة يؤخذان بالاحتياط والاحتياط فيه والشافعي اعتبر ظهور
اثره في مشيه وحركته وهذا ما يتفاوت فان السكران ربما لا يتمايل في مشيه
والصاحي ربما لو في مشيه يرى التمايل منه فلا معنى لاعتباره وبه اي بقول الامامين
يفتى لانه المتعارف وقول علي رضي الله عنه اذا سكر هذى مؤيد له ثم اعلم ان هذا في الاشربة
المحرمة سوى الخمر ويحد في الخمر بقطرة ولا يحتاج الى السكر وهذا ولو ارتد السكران
لا تبين امراته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر روي ان عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها
فامهم في صلاة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح لا فيما ان اعتقاده كفر
ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارئ فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ
الكفر قال صاحب النهاية فان قيل الاسلام ايضا من باب الاعتقاد مع انه يصح حالة السكر
قلنا السكران تمييز بدليل توجه الخطاب اليه وصحة طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته
مع السكر فاعتبرنا ذلك القدر من التمييز في اسلامه دون كفره او
لان الاسلام يعلو ولا يعلى كما في المكره فان اسلامه يصح دون ارتداده اه

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة
هو اي حد القذف كحد الشرب كمية يعني هو ثمانون سوطا كحد الشرب ان كان حرا
واربعون ان كان عبدا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة الاية والرق منصف كما مر وثبوتا يعني يثبت باقراره مرة واحدة
او بشهادة رجلين كشرب الخمر ولا يقبل فيه شهادة النساء كما في الحدود

فمن قذف

فمن قذف محصنا او محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو اقام القاذف عليه اربعة من
الشهود او اقر به المقذوف لزمه حد الزنا حد بطلب المقذوف ان عجز القاذف عن
اثبات ما قذف به لما تلونا آنفا من قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم
ثمانين جلدة والمراد من قوله والذين يرمون ان يرموا بالزنا بالاجماع والاشارة في النص وهي شرط
اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واحترز بالتقييد بصريح الزنا عما قيد لتحققه
بان قال لست لابيك كما سيجي بان القياس ان لا يجب الحد لانه لان حق الله تعالى غالب
والمغلوب في مقابلته كالمستهلك ولئن وجب فليست مطالبة المقذوف بلازمة
فان اشتراطنا طلبه ممنوع والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشروط وجب الحد عملا
بقضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد
لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زاني فقال آخر صدقت فانه لا يجب الحد
على الآخر القائل صدقت لا لاخراج ما ذكرتم وحق العبد فان كان مغلوبا لكن لا يصلح
لاشتراط مطالبته احتيالا للدرء وان المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه
مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا يتحقق قيامه
من كل وجه متفرقا ذلك على بدنه سوى الوجه والراس والفرج على ما مر في حد الزنا من
ان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف والضرب على الاعضاء الثلاثة قد يفضي الى التلف
ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا
في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة فلا يقام على الشدة بخلاف حد
الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لانه سببه عاين بالبينة او بالاقرار وهاهنا بعد ثبوت
القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا
وغير متيقن بلا انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم اليه واحصانه كونه
مكلفا حرا مسلما عفيفا عن الزنا اما كونه مكلفا اي عاقلا بالغا فلان العار
لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما واما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان
قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر واما الاسلام فلقوله
صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن واما العفة فلان غير العفيف لا يلحقه
العار وكذا القاذف صادق فيه ولو نفاه عن ابيه بان قال لست لابيك او لست بابن
فلان ان نفاه عنه في غضب حد وان لم يكن نفيه في غضب لا لا يحد تقول الفقير
الظاهر من تحريره ان الترديد بين الغضب وعدمه يعم الصورتين لكن صاحب الهداية خص الترديد
بالصورة الثانية وبين الصورة الاولى خالية عن الترديد حيث قال ومن نفى نسب غيره
فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه
لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وقال صاحب الكافي وهذا اذا كانت امه
محصنة لانه قذف امه حقيقة لانه متى لم يكن لابيه يكون من غير ابيه ضرورة ولا نكاح لغير
ابيه فكان في نفي نسبه من ابيه نسبة امه الى الزنا ضرورة فان قيل جاز ان يكون النسب
من ابيه ولا يكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة قلنا اذا وطئت بشبهة كان الولد
ثابت النسب وانما لا يكون الولد ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية
فدل انه قذف امه بهذا اللفظ ويؤيده قول ابن مسعود رضي الله عنه لا حد الا في قذف محصنة
او نفي رجل من ابيه انتهى ما ذكره الكافي ثم قال صاحب الهداية ومن قال لغيره في غضب لست بابن
فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا وفي
غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروءة انتهى وصاحب الكافي ايضا خص الترديد
بالصورة الثانية وبين الصورة الاولى خالية عن الترديد وقال صاحب العناية قيل يشترط
ان يكون المسئلة الاولى في حالة الغضب كالمسئلة التي بعدها وقيل لا يشترط فاختار المص
الاشتراط ولذا ذكر الترديد في الصورتين وصاحب الكنز رتب المسئلة كما رتبها المص اه

ولا يحد لو نفاه عن جده بان قال لست بابن فلان وهو جده لانه صادق في كلامه
او نسبه اليه بان قال انت ابن فلان وهو جده لانه قد ينسب اليه مجازا او نسبه الى عمه
او خاله او نسبه الى رابه اي زوج امه لان كل واحد منهم يسمى ابا ويعد من الاباء
قال الله تعالى كما اخرج ابويكم من الجنة وقال الله تعالى ورفع ابويه على العرش قالوا
ابوه وخالته وقال عليه السلام الخال اب وقال الله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابرهيم واسمعيل
وقال الله تعالى ان ابني من اهلي قيل انه كان ابن امراته او قال يا ابن ماء السماء
فانه لا يحد ايضا لانه يراد به التشبيه بالماء في الجود والسماحة والصفا حتى قيل
لقب بماء السماء عامر بن حارثة الازدي فكان وجه تلقيبه بماء السماء انه وقت القحط
كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا وسميت ام امرئ القيس وهي ام المنذر
بماء السماء ايضا لحسنها وصفائها وقيل لاولادها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق
كذا في ابن الملك شرح مجمع البحرين او قال للعربي يا نبطي او قال لست بعربي
فانه لا يحد ايضا اما في الاول فلانه يراد به التشبيه في الاخلاق وعدم الفصاحة والنبط
جيل من العرب لسواد العراق يختصون بالاخلاق الذميمة وعدم الفصاحة والعلم
نبطي مثل روم ورومي واما في الثاني فلانه يراد به النسبة الى الجهل وعدم الفصاحة
لا النفي عن الاب كمن قال لمصري يا رستاقي او قروي لم يجب عليه شيء كذا هنا
ويحد بقذف الميت المحصن ان طالب به الوالد او الولد او ولده لانه قذف محصنا بعد موته
ولكن لا يطلب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد
الوالد والولد وولد الولد وان سفل لان العار يلحق بهم فيكون القذف متناولا لهم معنى
قال الزيلعي لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه
الا يرى ان ذلك منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع بهم
وغير ذلك من الاحكام بخلاف العم والاخ وغيرهما وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل
وارث لان حد القذف يورث عنده وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما
ذكرنا من لحوق العار ولهذا يثبت عندنا للمحروم من الميراث ويثبت لولد البنت
كما يثبت لولد الابن وعن هذا قال ولو كان محروما عن الارث وكذا ولد البنت
لما ذكرنا من لحوق العار خلافا لمحمد فانه يقول حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه
منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا ابي امه ولنا ان النسب يثبت
من الجانبين ويصير الولد به كريم الطرفين فكان القذف متناولا له ويثبت لولد الولد
عند قيام الولد خلافا لزفر لان الشين الذي يلحق الولد فوقها يلحق ولد الولد
فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقائه واعتبر هذا الطلب بطلب
الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع قيام الاقرب ولنا ان حق الخصومة باعتبار
لحوق العار وذا موجود في حق ولد الولد والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر الترتيب
بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له لان مساهلته يوهم تصديقه لانه اعلم بما
جرى عليه من قبله بخلاف مساهلة الولد وبخلاف الكفاءة فان حق الطلب
فيها باعتبار الولاية ولا ولاية للابعد مع وجود الاقرب وكذا للولد الكافر والمملوك
ان يطلب كالولد المسلم خلافا لزفر ايضا ولا يطالب ولد اباه او جده وان علا
بقذف امه الحرة المسلمة الميتة وان علت لان الاب لا يعاقب بسبب ولده
وكذا الجد ولا يطالب عبد سيده بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده
ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده قال صلى الله تعالى عليه وسلم
لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص فلان لا يجب حد القذف
وسببه وهو القذف ينبغي ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى ولو كان لها
ابن من غيره له ان يطالبه لتحقق السبب وانعدام المانع وقوله بقذف امه متعلق بهما معا

ويبطل

ويبطل حد القذف بموت المقذوف وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي
عندنا خلافا له ايضا بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث واصل المسئلة ان حد القذف مشتمل
على حق الله تعالى وحق العبد اتفاقا فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص
فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم
عن الفساد وهذا آية كونه حق الله تعالى واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد
تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغناء الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد
من الحق يتولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق
الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث
اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها عدم جواز العفو ومنها عدم صحة الاعتياض
عنه وسيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى لا يبطل بالرجوع عن الاقرار يعني لو اقر بالقذف ثم رجع
لا يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيصدقه في الاقرار ويكذبه في الرجوع بخلاف الحدود
الخالصة لانه لا مكذب له فيها ولا يصح العفو عنه عندنا لتغليب حق الله تعالى ويصح عند الشافعي
لتغليب حق العبد ولا الاعتياض عنه عندنا ويصح عنده بناء على ما ذكر ولو قال زنأت في الجبل
يعني الصعود حد عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فانه يقول لا يحد لان المهموز منه
للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل اي صعودا
وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا وبعض العرب من يهمز الملين كما
يلين المهموز كما حكي ان نوشلة بالهمزة بان بالالف وشئة بالياء فاذا كان ابدال
الهمزة من الياء جائزا جاز ان يكون المراد من زنأت في الجبل بالهمزة زنيت بالياء وحالة
الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادة بخلاف كون المراد به الصعود حقيقة اذا كان مقرونا
بكلمة على قال صاحب العناية وهذا عكس قوانين اللغة لانه لم يسمع في الصعود زنأ
عليه صلة بل يقال زنأ فيه ولانه ايضا تعين الصعود مرادا كان ذكر كلمة على لجواز ارادة الفاحشة
ايضا لانه يصح ان يقع فعل الفاحشة فوق الجبل او التل او السطح فيقال زنيت على الجبل
او زنيت على التل او على السطح ثم تبدل الهمزة من الياء على انه لو صح استعمال زنأ عليه
لجاز ارادة من زنأ فيه لان في يجيء بمعنى على كما في قوله تعالى ولأصلبنكم في جذوع النخل انتهى
وان قال لآخر يا زاني فعكس الآخر بان قال لا بل انت زان حدا لان كل واحد منهما قذف صاحبه
وعكست بان قال لا بل انت زان حدت المرأة لا الرجل لانهما قاذفان وقذفها اياه يوجب
اللعان وقذف المرأة زوجها يوجب الحد والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي تقديم احدهما
اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير
محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها اذ اللعان
شهادة وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها اذ حد القذف يجري على الملاعنة
فقد جنا الحد عليه درءا للعان لانه في معنى الحد ولو قالت في جواب قوله لها يا زانية زنيت بك
بطل الحد ايضا اي كما يبطل اللعان لانه قذفها بالزنا حيث قال يا زانية وهي قذفته
من وجه لان قولها زنيت بك يحتمل انها ارادت قبل النكاح فيكون تصديقا فيجب الحد عليها
دون اللعان لتصديقها اياه واعترافها به ويحتمل حال قيام النكاح اي زناي هو
الذي كان معك بعد النكاح لاني لست بزانية وما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل
هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان لوجود القذف منه ولا يجب الحد عليها
لانها ما قذفته بالزنا لكن سمت وقاع الرجل بعد النكاح زنا مجازا فكل واحد منهما يجب
ولا يجب على حال فبطل وان اقر بولد ثم نفاه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده
صار قاذفا فيلاعن وان عكس اي ان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد
ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات الآية واذا بطل التكاذب باقرار الرجل بالكذب صار الحد الاصلي هو الحق

والولد في الوجهين لم يعفها اقر ثم نفى او نفى ثم اقر لان اقرار الزوج بالولد سابقا على النفي في الوجه الاول
ولاحقا في الوجه الثاني قذف لا يوجب الا الحد لا اللعان ان قيل لا نزاع هنا ليس بأن في ولا الحد على
لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ولا حد بقذف امراة لها ولد لا يعلم له اب لان الموجب للحد
قذف المحصنة والعفة عن الزنا من شرائط الاحصان وقد تمكنت الشبهة في العفة عن الزنا
لان الولد الذي ليس له اب ظاهرا امارة الزنا فقد تمكن في احصانها شبهة العدم والحد
يندرئ بالشبهة او لاعنت بولد يعني ولا حد بقذف امراة لاعنت بولد لان النسب
انتفى عن الملاعن بقضاء القاضي فتحقق في جانبها علامة الزنا وهو قيام ولد لا اب له ظاهرا
وكذا لو قذفها بعد موت الولد لان هذه الشبهة لا تزول بموت الولد لانها بموت
الولد لا تخرج من ان تكون والدة له بخلاف قذف من لاعنت بغيره اي بغير الولد فانه
يحد القاذف لعدم امارة الزنا فاللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج
فصار مؤكدا للعفة فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا
فيها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام
حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المراة محصنة فتعارض
الوجهان وتساقطا فبقي العفة سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف
قال صاحب النهاية وجدت بخط شيخي رحمه الله في جواب هذه الشبهة قلنا
نعم اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره
فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها واعترض الاتقاني
على الجواب الاول بانها اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه فجهة كونها
غير محصنة يكون شبهة في اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد
لا موجبة فينبغي على هذا ان لا يجب الحد على القاذف ولا حد بقذف رجل وطئ حراما
لعينه اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه والآخر حرام لغيره
والاول منشا حرمته شيئان الاول حصوله في غير الملك من كل وجه كوطء الاجنبية
والثاني من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره وهو هذا في
كوطء امراة في غير ملكه من كل وجه او من وجه كوطء امة مشتركة او وطء مملوكة حرمت عليه
ابدا كامته التي هي اخته رضاعا فان المملوكة من حيث انها مملوكة يحل وطؤها لكن
كونها اخته من الرضاع حرم عليه مؤبدا والحاصل انه لا يحد من قذف واطئ امراة في غير
ملكه من كل وجه كوطء الاجنبية او من وجه كوطء امة مشتركة بينه وبين غيره ووطء
امة مملوكة حرمت عليه ابدا كوطء امته التي هي اخته رضاعا لانه وطء حراما لعينه
وكل من وطئ حراما لعينه لا يحد قاذفه لفوات العفة وهي من شرائط الاحصان
ولان القاذف صادق لان الزنا هو وطء الحرام لعينه ولا حد بقذف مسلم زنى في كفره
في دار الحرب او في دارنا لان الزنا يتحقق من الكافر لحرمته في جميع الاديان
وان لم يتم عليه الحد فيكون القاذف صادقا في كلامه فلا يحد وهذا ايضا من قبيل
من وطئ حراما لعينه او مكاتب وان كان مات عن وفاء يعني ولا حد ايضا
بقذف مكاتب وان كان مات او ترك وفاء لان الصحابة اختلفوا في موته حرا او عبدا
فاورث شبهة فلا يثبت شرط الاحصان بالشك فان قلت اليس من انه
قذف ثم مات يبطل الحد فكيف يتأتى هذه المسئلة قلت تعرض
مسئلة فيما اذا قذف بعد موته فمات ولده فيه يقول الفقير ثم انه لا وجه
لادراج هذه المسئلة بين مسائل وطء الحرام لعينه وبين مسائل الوطء الحرام لغيره
لانها لا تعلق لها بهذه القاعدة وليست من فروعها فالمناسب ان يذكرها
متقدمة او متأخرة والعجب انها وقعت في جميع المتون بينهما فيلزم التأمل في وجهه
ولا يجد فيهم ذكر مسئلة وطء المكاتبة في اثناء فروع وطء الحرام لغيره يعلم بالتأمل تأمل

ثم شرع

ثم شرع في ما يوجب الحد على من قذف واطئ حرام لغيره فقال ويحد بقذف من وطئ حراما
لغيره كوطء امته المجوسية او وطء امراته وهي حائض لان الحرمة لغيره فيتم الملك وهي مؤقتة
اذ العارض على شرف الزوال فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وكذا وطء مكاتبته
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وزفر فانهما قالا وطء المكاتبة يسقط الاحصان
لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق
والحرمة لغيره اذ هي مؤقتة ويحد من قذف مسلما كان قد نكح محرمه في كفره خلافا لهما
وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح
ويحد مستأمن قذف مسلما في دارنا لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد
ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي احدا وموجب اذاه هو حد القذف
والحاصل ان حد القذف يجب عليه بالاتفاق وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق
وحد الزنا والسرقة يجب عند ابي يوسف ولا يجب عند ابي حنيفة ومحمد والذي يجب عليه جميع
الحدود الا حد الخمر كذا في البيانية والكافي ويكفي حد واحد لجنايات
اتحد جنسها وذلك لان المقصود من اقامة الحد الانزجار فبعد اقامته مرة نقول
لا يخلو من احد الامرين اما ان يحصل الانزجار بالحد الاول او يحتمل ان يحصل فايا ما كان
لا يقام الحد ثانيا لانه يلزم تحصيل الحاصل في الاول وذلك فاسد وفي الثاني يكون
شبهة فوات المقصود بالثاني لاحتمال حصوله بالاول والحدود تندرئ بالشبهات وهذا
في حد الزنا وشرب الخمر بالاتفاق وهنا يحصل بالزنا الواحد المخالطة مرارا ولا يجب
لكل مخالطة حد على حدة وكذلك فيما اذا شرب مرة واحدة بانفاس لا يجب لكل نفس
حد على حدة وكذا اذا زنى مرارا او شرب مرارا لان المقصود يحصل بالاول واما حد القذف
ففيه خلاف فعندنا يتداخل وعند الشافعي لا يتداخل اذا اختلف المقذوف كزيد
وعمرو مثلا وكذلك اذا اختلف المقذوف به كما اذا قذف زيدا
بزنايين مختلفين وهذا بناء على ان الغالب فيه حق الله عندنا وحق العبد عند الشافعي
كذا في البيانية لا يكفي حد واحد اذا اختلف جنسها يعني اذا زنى
وقذف وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا تداخل

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب والسنة المشهورة ذكر في هذا
الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر وفي قوة الدليل وهو التعزير وهو تأديب دون الحد
واصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى واضربوهن
فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تهديدا وتأديبا لهن
والسنة قال عليه السلام لا ترفع عصاك وروي انه عليه السلام عزر
رجلا قال لغيره يا مخنث ولان زجر العبد عن الجنايات وعن مساوي الافعال واجب
والتعزير صالح للزجر فيكون مشروعا ثم اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون
بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون
بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد رحمه الله تعالى التعزير باخذ المال
فقد قيل روي عن ابي يوسف ان التعزير من السلطان باخذ المال جائز كذا
في العناية وقال مولانا سعدي افندي قال الزاهدي في شرح القدوري
في بحث التعزير باخذ المال ولم يذكر كيفية اخذ المال وارى ان ياخذها
فيمسكها فان ايس من توبته يصرفها الى ما يرى وذكر في شرح الطحاوي
ان التعزير باخذ المال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ انتهى ذكره الزاهدي

الحد

العينية
جاء في بعض الكتب انه يؤخذ كذا انه يوم
ثواب سبعة صلاة اديت بجماعة
كذا في شرح المنية لابراهيم الحلبي
اعلم ان كنت عاقلا فهذا نسخ بلا اشتباه
محرره فقير
وهداه

قال صاحب الكافي ثم التعزير انواع تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وتعزير
الاعلى والجلالة باب القاضي والدهاقنة كبار اهل القرية وقيل في الدهاقين دهقان
يعني رئيس القرية والقواد جمع قائد وهم رؤساء العسكر وتعزير اشراف الاشراف كالفقهاء
والعلوية وهو الاعلام فقط بان يقول القاضي بلغني انك تفعل كذا فلا تفعل وتعزير
اوساط الناس كالسوقية وهو الاعلام والجر والضرب والحبس
يعزر من قذف مملوكا او كافرا بالزنا لانه جناية قذفه وقد امتنع وجوب الحد
لفقد الاحصان فوجب التعزير وههنا يبلغ في التعزير غايته لانه من جنس ما يجب به الحد
وفي الصور الاتية الراي الى الامام وصورتان اخريان يجب فيهما البلوغ في التعزير الى غايته
احديهما ما اذا اصاب من الاجنبية كل حرام غير الجماع والثانية ما اذا اخذ السارق بعدما
جمع المتاع قبل الاخراج كذا في الكافي او قذف مسلما بيا فاسق الا ان يكون معلوم
الفسق كذا بخط ذكره فخر الدين قاضيخان في فتاواه حيث قال ولو قال للفاسق يا فاسق
او للص يا لص لا يجب شيء قال صاحب الدرر فقال لرجل يا فاسق فاراد اثباته لدفع
التعزير لا يسمع لانه شهادة على الجرح المجرد بخلاف ما اذا قال يا زاني فاراد
اثباته حيث يسمع لانه يثبت عليه الحد وهو حق الله تعالى فلا يكون جرحا مجردا
يا كافر يا خبيث عند الطلب بالحق الا ان يكون كما ذكر فخر الدين قاضيخان
كما نقلناه آنفا يا فاجر من فجر اذا كذب ويستعمل في العرف لمن يباشر كل معصية
يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا اكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث
وهو من لا يغار على الزنا اهله حاشاه عن جميع المسلمين يا مخنث وهو الذي في حركاته
وسكناته عنونة اي لين ويقال للذي يفعل الفعل الردي يا خائن من الخيانة
يا ابن القحبة وهي التي تاتي الفاحشة وفي الفتاوى الظهيرية القحبة الزانية
ماخوذ من القحاب وهو السعال وكانت الزانية في العرب اذا مر بها رجل سعلت
ليقضي منها حاجته فسميت الزانية لهذا قحبة وقيل هي من يكون همتها الزنا
وقيل هي اخص من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتانف منه والقحبة من تجاهر به
بالاجرة قال صاحب الدرر اقول ظاهره ان تقتضي معنى القحبة ان يكون فيها مع
الزنا زيادة امر قبيح فينبغي ان يجب فيه الحد كما وجب في يا زانية اللهم الا
ان يقال ان الحد انما يجب اذا قذف بصريح الزنا او بما هو في حكمه بان يدل عليه اللفظ
اقتضاء كما قال لست لابيك او لست بابن فلان ابيه في الغضب كما مر ولفظ القحبة
لم يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى اخر ولا يدل عليه اقتضاء ايضا وهو ظاهر
انتهى يقول الفقير الزنا اذا كان بالاجرة يسقط الحد عنده وحد القذف انما يجب اذا قذف
بما يوجب الحد على نفسه فلهذا لا يجب الحد بقوله يا ابن القحبة فلا حاجة الى ما قاله قول الاكمل
تنبيه يا ابن الفاجرة فانها من يباشر كل معصية فلا يكون في معنى ابن الزانية ولا في حكمه
فلهذا لا يحد بقوله يا ابن الفاجرة بل يعزر يا زنديق يا قرطبان وهو معرب قلتبان
قال بعضهم هو مرادف ديوث وقال صاحب البيانية هو الذي يدخل رجلا على امراته
رجاء ان يصيبه منه مالا وقال مولانا اخي چلبي نقلا عن الكوسجي من لا غيرة له ممن يدخل على
امراته يا ماوى الزواني او اللصوص يا حرامزاده معناه المتولد من الوطي الحرام
فهو اعم من الزنا كالوطي حال الحيض وفي العرف لا يراد به الا ولد الزنا وكثيرا ما يراد به
الخبيث اللئيم فلهذا لا يحد به وانما عزر في جميعها لانه اذى مسلما والحد الشرعي لا مدخل
للقياس في الحدود فوجب التعزير قال مولانا يعقوب باشا قال فخر الدين قاضيخان في قوله يا فاسق
الا ان يكون معلوم الفسق وفي قوله يا لص الا ان يكون لصا سكت في البواقي ينبغي على هذا ان لا يعزر
بقوله يا شارب الخمر ويا لوطي وغيرهما اذا اتصف به الفاعل ولا تصريح به الى هنا
تكلفت لا يعزر بيا حمار يا كلب يا قرد بكسر القاف وسكون الراء يا ثعلب يا ناحيه

يا بوزنه

يا تيس

يا تيس ذكر المعز يا خنزير يا بقر يا حية لانه ما الحق الشين بالمقذوف بل الحق الشين
بالقاذف لان كل احد يعلم انه ادمي وان القاذف كاذب وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد
وقيل ان كان المسبوب من اشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة
بذلك وان كان من عوامهم لا يعزر قال صاحب الهداية وهذا احسن ويا حجام يا
ابن الحجام وابوه ليس كذلك فانه لا يعزر بهما وان كان ابوه حجاما فنعم التعزير اولى
يا بغا فانه من شتم العوام ولا يقصدون به معنى معينا يا مواجر فانه يستعمل فيمن يواجر اهله للزنا
لكن ليس معناه الحقيقي المتعارف بل بمعنى الموجر مطلقا فلهذا لا يجب التعزير فيه
يا ولد الحرام يا عيار وهو الذي يتردد بغير عمل يا ناكس على لفظ اسم الفاعل كذا في الرمز
شرح الكنز وقال مولانا اخي چلبي ناكس لفظ عجمي ونا في اوله للنفي كنادان ونا سپاس
والكاف فيه مفتوح ولفظ كس بمعنى الادمي فمعناه القذف بسلب الادمية من
المقذوف لكن قول الصحاح يا منكوس بشرط انه في قول الصحاح على لفظ المفعول
يا منكوس يا سخرة يا ضحكة هو بوزن البقلة من يضحك عليه الناس وفي معناه
سخرة وهو سخرة يا كشخان الذي يتسامح في امر ولا يخرج عن نوعي عزره وقيل الذي
يسمع رجلا يدخل الى امراته ولا يبالي يا ابله من البلاهة بمعنى الحمق يا موسوس
فلا يعزر بهذه الالفاظ لانه ما الحق الشين الكامل ثم اعلم ان الالفاظ الدالة
على السباب لا تعد ولا تحصى وصدر الشريعة سردها بسط فاعرف يعزر في هذا الحكام
جميعها ان شئت فراجعه واستحسنوا التعزير في هذه الالفاظ كلها
اذا كان المقول له فقيها او علويا وان كان غيرهما لا يعزر وقيل في عرفنا
يعزر في جميع هذه الالفاظ لانها تعد سبا على ما بينا انفا وللزوج ان يعزر
زوجته لترك الزينة اذا ارادها فان المندوب لها ان تتزين وتتشوف لزوجها
ولترك الاجابة الى فراشه لان الاجابة واجبة عليها وترك الغسل من الجنابة
لانها زينتها وللخروج من بيته بغير اذنه اذا قبضت مهرها او وهبته منه
قال صاحب الدرر لا يعزر الزوج زوجته على ترك الصلاة والاب يعزر ابنه عليه
وقال صاحب النهاية انما يعزرها الزوج لمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود اليها
الا ترى انه ليس له ان يضربها على ترك الصلاة وله ان يضربها على ترك الزينة ونحوه
انتهى وصاحب الكنز اطلق تعزير الزوج لترك الصلاة والصحيح اقتفاه
واقل التعزير ثلاثة اسواط لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان
ادناه على ما يراه الامام واكثره تسعة وثلاثون سوطا لان التعزير ينبغي ان لا يبلغ
لانه صلى الله عليه وسلم قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين قال
صاحب العناية قيل بلغ من البلوغ وهو مسموع واما ما يجري على السنة الفقهاء
بلغ من التبليغ ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير في غير حد
فهو من المعتدين وفيه بحث يعرف بالتامل الصحيح واري ان يكون التقدير
من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين يقول الفقير يوجد البحث
اسامهم انهم عرفوا التعزير بقولهم هو تاديب دون الحد فلا يكون محلا
لان يقال من بلغ التعزير حدا على انه يا باه قوله في غير حد كل الا با واذا قدر الضرب
يكون هذه البنوة تبطل وقال صاحب البيانية الا ان قوله
في غير حد التعزير فيكون تقدير الكلام من بلغ التعزير حدا في تعزير وفي ذلك مستبشع
جدا واذا تقرر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى نظرا الى ادنى الحد وهو
حد العبد في القذف وذلك اربعون فنقصا منه سوطا فكان اكثره
تسعة وثلاثين سوطا وهذا هو الظاهر لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ
حدا وهو حد العبد على ان التنكير في قوله حدا يعطي ما فيه ح ه

ناكس

اذا دعاها

الصلاة و

وعند ابي يوسف اكثر التعزير خمسة وسبعون سوطا فنقص عن اقل الحد في الاحرار
لان الاصل هو الحرية ثم نقص منه سوطا فكان تسعة وسبعين سوطا في رواية عنه وهو قول
زفر وهو القياس وفي رواية نقص خمسة فكان خمسة وسبعين سوطا وهو ماثور
عن علي كرم الله وجهه والمص اختار هذه الرواية فلهذا قال خمسة وسبعون
قال صاحب العناية وجه نقصان السوط الواحد عن حد العبد على مذهب ابي ح
وعن حد الاحرار في رواية عن ابي يوسف وهي قول زفر ان البلوغ الى تمام الحد
لما تعذر وليس بعده قدر معين كربع او ثلث او عشر فوجب ان اقل ما يكون التعزير
نظرا في وقت الصلاة فان الكل لما لم يكن ان يكون سببا وليس بعده جزء معين صرف
الى اقل ما يكن وهو الجزء الذي لا يتجزى كذا في العناية قال صاحب البناية وابو يوسف
اعتبر حد الاحرار لان الرق عارض فنقص منه سوطا على رواية النوادر وعلى ظ
الرواية نقص عن الثمانين خمسة ولا تقدير فيه ولا يعلم منه معنى معقول قالوا ان ابا يوسف
كان يعزر رجلا وقد امر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا باصابعه
فعقد خمسة عشر ولم يعقد الاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي عنده انه امر بخمسة
وسبعين وكان يعرف الفضل بحقيقة الحال فاختلفت الرواية عن ابي يوسف لهذا
وقد روي عن عمر رضي الله عنه مثل هذا وليس بصحيح لانه لو كان فيه نقل عن عمر رضي الله عنه
لم يعتبر ابو ح التعزير بحد العبيد وقيل ان نقصان الخمسة ماثور عن علي رضي الله عنه
وفيه نظر لما قلنا وهذا لان تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالقياس واجب عندنا
وقيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار والنصف من حد العبيد
واكثر حد الاحرار ثمانون واكثر حد العبيد خمسون والمجموع مائة وخمسون فاخذ
نصفا من هذا ونصفا من هذا فكان المجموع خمسة وسبعين قلت سلمنا
ان الاثار في هذا والخمسون من ذلك ولكن لا نم اعتبار التعزير بتنصيف كل واحد ولا دليل
على التنصيف خصوصا في الاسباب من كل واحد منهما ولا دليل ايضا على اعتبار اكثر الحد
وما قاله ابو ح اشبه بالصواب عندي لتعيين الاقل انتهى ما في البناية هـ
ويجوز حبسه بعد الضرب اذا احتيج الى زيادة التاديب قالوا اذا راى الامام ان يضم الى الضرب
في التعزير الحبس فعل لان الحبس يصلح تعزيرا وقد ورد الشرع به وهو ما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير واشد الضرب التعزير لانه
ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في صفته لئلا يؤدي الى تفويت المقصود
وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو جمع الاسواط
في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدة في الضرب لا في الجمع ويدل
على ذلك ما روى ابو حنيفة وغيره ان رجلا شتم ام سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلثين سوطا
كلها يخص بها يعلم ويعلم ان عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب
ثم حد الشرب لانه ثبت بقول الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال
كون القاذف صادقا بخلاف حد الشرب فانه متيقن ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ
من حيث الوصف ومن حد او عزر فمات منه فدمه هدر لانه فعل ما امر به والتعزير مفوض هو
لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف تعزير الزوج زوجته
فانها لو ماتت من ضربه يجب الدية لانه تاديب مباح فيتقيد بشرط السلامة وقال الشافعي
في التعزير يجب ديته في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه لان التعزير للتاديب غير انه يجب الدية في بيت المال
لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار
كانه الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان او حد على زوجها ضربها فاحشا وثبت ذلك
عليه يعزر وكذا المعلم اذا ضرب تلميذه الصبي ضربا فاحشا يعزر كذا في جمع الفتاوى اذا رجل
امراة او يعرضه وجامعها وهذا قتل الرجل والمراة جميعا كذا في الدرر نقلا عن المنية

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر انواع الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الاموال
لان صيانة النفس اقدم من المال لان المال وقاية النفس قال الله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا
قال الشاعر اصون عرضي عالي البيت
وهي في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع
قال الله تعالى الا من استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية وقد زيدت
عليه اوصاف في الشريعة وعن هذا قال هي اي السرقة في الشرع اخذ مكلف
خفية قدر عشرة دراهم مضروبة من حرز لا ملك له اي للسارق فيه ولا شبهة ملك
وحرز فقد زيد على المعنى اللغوي اوصاف شرعا منها في السارق وهو كونه مكلفا بكونه
عاقلا بالغا لان الجناية لا تتحقق بدونها ومنها في المسروق وهو كونه مالا متقوما مقدرا
ومنها في المسروق منه وهو كونه حرزا والمعنى اللغوي مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء كما اذا
باشر سبب الاخذ خفية واخذ خفية او ابتداء فقط كما اذا نقب الجدار خفية واخذ المال
من المالك مكابرة على الجهار فان قلت كيف يقال على الاطلاق ان المعنى اللغوي مراعى
فيها والحال ان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى ومع هذا لم يراع فيها الخفية اجيب
بانه روعي فيها الخفية ايضا لان قاطع الطريق ياخذ المال عن خفية عن الامام الذي
يحفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته كما ان السارق في السرقة الصغرى ياخذ المال
خفية عن عين من يحفظ المال كما كان او قائما مقامه كالمستعير والمستاجر والمودع
والمرتهن والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء وشرط كون المأخوذ
عشرة دراهم مضروبة فصاعدا او قدرها لان ما نقص لا يراعى في حق السرقة بحمل في حق
قيمة المسروق وقد ورد الحديث في بيانه في المجن حيث قال عليه الصلاة والسلام لا يقطع
السارق الا في ثمن المجن قال اصحابنا المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد النبي عليه السلام
كان يساوي عشرة دراهم وغالب البلدان وكونها مضروبة لانها المتناولة عرفا
لاسم الدراهم وهو ظاهر الرواية وهو الاصح حتى لو سرق عشرة دراهم تبرا لا تساوي
عشرة مضروبة لا يجب القطع لان شروط العقوبات تراعى وجودها بصفة الكمال
والتبر انقص من المضروب بجمعه وهذا شرط الجودة ايضا حتى لو سرق عشرة زيوفا
لم يقطع عند ابي ح وزفر وهو رواية عن ابي يوسف لان نقصان الوصف
يوجب نقصان المالية كنقصان العدد فيورث شبهة وعن ابي يوسف يقطع ان كان
تروج لانها بالرواج صارت كالجياد ثم ان قوله قدر عشرة دراهم يشير الى ان غير الدراهم
يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا لقيام الدليل على ان نصاب السرقة مقدر بعشرة دراهم
وغير المنصوص يقوم مقام المنصوص عليه باعتبار القيمة نعم قد ورد في بعض الاخبار ذكر
الدينار ولكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدراهم كل ذلك من الكافي وبعضه من البناية
وشرط كون الاخذ من حرز لا شبهة فيه لان ما يندرئ بالشبهات لا يستوفي بالشبهة
والحرز قد يكون بالمكان وقد يكون بالحافظ وسياتي بيانه ان شاء الله تعالى
وتثبت السرقة بما يثبت به الشرب اي تثبت بشهادة رجلين لا بشهادة رجل وامراتين
وبالاقرار مرة فان سرق مكلف اي عاقل بالغ حرا او عبد وهما في القطع سواء لان النص لم يفصل
ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس تلك القدر مفعول سرق اي
قدر عشرة دراهم محرزا لذلك القدر بمكان كبيت او صندوق او حافظ كجالس في الطريق
او في المسجد عنده مال واقر السارق بها اي بالسرقة مرة عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف
لا بد من مرتين او شهد بها على البناء للمفعول عليه انه سرق وسالهما اي الشاهدين الامام
او القاضي عن السرقة ما هي لانها تطلق على اشياء اخر فان من يستمع الى كلام الغير او لا يعتدل

في الركوع والسجود يسمى سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع
وقال عليه الصلاة والسلام ان اسوأ الناس سرقة
من يسرق من صلوته

وكيف هي لجواز انه نقب البيت وادخل يده فيه واخرج المتاع فانه لا يقطع به عند ابي محمد
ومتى هي لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجه الشبهة واين هي لجواز ان يسرق من غير حرز
او في دار الحرب وكم هي لجواز ان يكون الماخوذ شيئا تافها احترازا عن عشرة دراهم
وممن سرق قال صاحب العناية نقلا عن المحيط وبيان المسروق منه لجواز ان
يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين ولعل هذا القيد مستغنى عنه لان
المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك انتهى
يقول الفقير فعلى هذا يستغنى عن السؤال عن ماهيتها لان المسروق منه حاضر فلا يحتمل ان يشهدا
على استماع كلام الغير او على عدم الاعتدال في الركوع والسجود على ان كون المسروق منه حاضرا
لا يفيد لجواز ان لا يعلم المسروق منه ان كونه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين يوجب سقوط
القطع فيخاصم ولا يعلم الحاكم ايضا كونه ذا رحم محرم منه او احد الزوجين على انه يمكن ان يوكل
المسروق منه رجلا في دعواه فيخاصم بالوكالة فلا بد من بيانها عنه تدبر ثم انهم قالوا
السؤال عن الزمان انما يلزم اذا ثبت بالبينة واما اذا ثبت بالاقرار فالتقادم فيه
ليس بمانع لعدم التهمة فلا يلزم السؤال عن الزمان ح وبينا هاهنا سطور على قولهما
سالهما الامام الشاهدان تلك الاشياء المسؤول عنها قطع ولكن يحبسه القاضي
الى ان يسال عن حال الشهود اذ لا يكفي التكفيل لانه لا كفالة في الحدود ولا يمكن القضاء
قبل ظهور عدالتها فيحبسه الى ان يظهر حالها وان كانوا اي السارقون جمعا واصاب
كلا منهم قدر نصابها اي نصاب السرقة وهو عشرة دراهم قطعوا وان تولى الاخذ
بعضهم لان المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع
الحد بذلك لامتنع القطع في اكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد وان اصاب كل واحد
اقل من النصاب لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ولم توجد واستشكل بانه اذا
قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان
القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى كل واحد منهم كملا ويقطع
بسرقة الساج وهو شجر لا ينبت الا ببلاد الهند ويجلب منها والابنوس بفتح
الهمزة وفتح البا الموحدة وضم النون خشب صلب والصندل بفتح الصاد المهملة وسكون
النون وفتح الدال المهملة شجر طيب الرايحة والفصوص بضم الفاء والصادين المهملتين
جمع فص الخاتم الخضر جمع الاخضر كانها الزمرد والتقييد بها اتفاقي كذا في حاشية
اخي چلبي والياقوت والزبرجد واللؤلؤ والعقيق والفيروزج وبالجملة كل ما هو
من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد في دار الاسلام مباح الاصل غير مرغوب فيه
فانه يقطع بسرقته كالذهب والفضة والاناء والباب المتخذين من الخشب
لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا يرى انه يحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه
لم يغلب على الجنس وهنا يبسط في غير الحرز حتى اذا غلب الصنعة على الاصل كما في الحصير البغدادية
والمصرية والجرجانية قالوا يقطع بسرقتها وفي الابواب العظيمة انما يقطع اذا كانت في حرز
اما اذا كانت باب الدار فلا يقطع لانها غير محرزة لان الحرز بالبيت لمنع وصول اليد الى المال
ويصير المال به محصنا والباب يصير بها في البيت محرزا فلا يكون هو محرزا الا ان يقطع
اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لانه يرغب في سرقة الثقيل كذا في الكافي
لا يقطع بسرقة شيء تافه اي حقير يوجد مباحا في دار الاسلام كخشب وحشيش وقصب وسمك وطير
وزرنيخ بكسر الزاي المعجمة بعدها الراء المهملة معروف ومغرة بفتحات الميم والغين المعجمة والراء المهملة
الطين الاحمر وتسكين الغين لغة فيه ونورة بضم النون والاصل فيه حديث عائشة رضي
الله عنها انها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه
قال صاحب الهداية في الزرنيخ والمغرة والنورة وما يوجد جنسه مباحا في الاصل
بصورته غير مرغوب فيه حقير اي قلت قيمته مباحا في الاصل بقوله بصورته احترازا

عن الخشب

والخاتم الطابع
وزنا ومعنى
لغه

عن الخشب المعمول قصعة او بابا او نحو ذلك فان فيه القطع كما عرفت آنفا وقيد بقوله غير مرغوب فيه
احترازا عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فيهما فانتفى الحقارة عنهما وكذا اللؤلؤ وسائر الجواهر
وروى هشام عن محمد في غير ظاهر الرواية اذا سرق في الذهب والفضة على الصورة التي توجد مباحا وهي
ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر انها ليست بتافهة جنسا فان كل من يجدهما
اخذهما لا يتركهما عادة ولا يقطع بما يسرع فساده كلبن ولحم وفاكهة رطبة وبطيخ لان المالية
فيما يتسارع اليه الفساد قاصرة لان الرغبة انما تتم فيما يصلح للادخار لوقت الحاجة وقد روي
انه عليه السلام قال لا قطع في الثمار الا فيما اواه الجرين وهو بالراء المهملة بعد الجيم الموضع الذي
يجمع فيه الثمار وانما يجب فيه على ما يبس من الثمار عند الكل واما العسل فيقطع اتفاقا لانه لا يتسارع
اليه الفساد كذا في شرح مجمع البحرين لابن الملك وكذا ثمر على شجر كما هنا سلوكا من قوله وفاكهة رطبة لكونها عام
تنبيها للغافل وزرع لم يحصد لعدم الاحراز فيه ويجري هنا في اثمار النخل ايضا ولا يقطع بما يتناول
فيه الانكار التناول الطلب اي فيكون معنى الكلام ولا يقطع بسرقة شيء يحمل السارق على الانكار
مالا ابيح جنسا لا اخذه يعني بتاويل اخذه لنهي المنكر كاشربة مطربة اي مسكرة قال الجوهري
في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وقيد المشربة بالمطربة لانا
من انه يقطع في الخل كما ذكرنا آنفا والات لهو كدف بضم الدال المهملة وفتحها هو الذي يلعب به وهو
نوعان مدور ومربع وطبل الا ما هو من طبل اللهو اما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ فيه واختار
الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فيتمكن فيه الشبهة كذا في العناية
وبربط كجعفر العود كذا في القاموس ومزمار وطنبور وصليب ذهب او فضة وشطرنج
بكسر الشين المعجمة ونرد معروف وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب الذهب والفضة في
مصلاهم لا يقطع وان كان في بيت اخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا بكتب علم ومصحف
لانها ليست محرزة للتمول واخذها بتاويل القراءة منها وصبي حر ولو كان الحلي ولو كان
عليهما اي على المصحف والصبي حلية خلافا لابي يوسف لان الحلية لو سرق وحدها يقطع
فكذا اذا سرقت مع غيرها ولهما انه اجتمع فيه دليل القطع وهو سرقة الحلية ودليل عدمه
وهو سرقة الصبي والمصحف فاورث ذلك شبهة دارئة للحد لكن غاية ما في الباب انه
ضم ما لا يجب القطع فيه الى ما يجب القطع ولا يسقط كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي عشرة
دراهم وفيه عشرة دراهم مضروبة ثم انهم قالوا الخلاف في الصبي الغير المميز لانه لو كان مميزا
لا يقطع اتفاقا لانه في يد نفسه وعلى ما في يده فيكون خداعا لا سرقة وعبد كبير
لانه غصب او خداع لا سرقة ودفتر المراد منه صحيفة فيها كتابة من عربية او شعر او حديث
او تفسير فلا يجب باخذه القطع لان المقصود ما فيه وهو ليس بمال ولانه ان كان فيه امور
شرعية ككتب التفسير والحديث والفقه فهو كالمصحف وان كان فيه اشياء مكروهة
فهو كالطنبور بخلاف العبد الصغير فانه يقطع به لتحقق السرقة بحدها الا اذا كان
يعبر عن نفسه فانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان
صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه ادمي من وجه مال من وجه وله انه مال مطلقا لكونه
منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به في الحال ان كان يعقل ويتكلم والا فلكونه بعرض انه
سيصير منتفعا به ان كان لا يتكلم ولا يعقل حالا فيكون منتفعا به مالا لا محالة وبانضمام
معنى الادمية اليه لا يزول عنه المالية الا يرى ان بيعه صحيح ولا يصح الا باعتبار المالية هو
وبخلاف دفتر الحساب حيث يقطع فيه اذا بلغ نصابا فان المقصود من اخذه الاوراق
لا ما فيها والاوراق مال فيجب القطع ان بلغت قيمته النصاب قال صاحب الدرر
وفي المحيط لو سرقه فان انسانا واستهلكها يضمن المالك قيمتها وهو ان ينظر بكم يشترى ذلك
ونظيره من خرق صك انسان ضمن قيمة الصك مكتوبا ولا ينظر الى المال ولا يقطع بسرقة
كلب وفهد لانهما يوجدان مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية
الكلب فاورث شبهة ولا يقطع بخيانة كان يخون المودع ما في يده من مال المودع بعينه

ذكروا

ولا يتخطى الصنائع
ويلتحق به طبل الباسبان الذي يتخذ
الى السحور لاسيما الحجاز ... لا يعرف
الاوقات خلا على وجه ... انه حرام
هـ

ولا يقطع بسرقة باب مسجد مطلقا
سواء علق في جداره او وضع فيه لانه صار
بمنزلة متاع مجلوب باب الدار فانه
يقطع فما وضع فيه لكونه يتشابه لا بنائه علق
في جدارها كما رايتنا وقال بعضهم ان اعتاد
سرقة باب المسجد يجب ان يعزر ويبالغ
فيه ويحبس حتى يتوب كذا في البدايع هـ
ه

محق

ونهب وعلان بان اخذ على اعين العلانية قهرا
واختلاس ... باخذ البلد ... من
من ظ بلدة او قرية و
لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع على مختلس
ولا منتهب ولا خائن
ه

على المختفي بيا

وكذا النبش فانه لا يقطع به لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة خلافا لابي يوسف قال صاحب العناية اختلف الصحابة في مسئلة النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس رضي الله عنهما لا قطع عليه وقد اتفق في زمن الصحابة من بقية ... على ما روي ان نباشا اتى به الى مروان فسال الصحابة عن ذلك ولم يثبتوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه فبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله وبالاول ابو يوسف والشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله قال العلماء حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤا من اصطبل لا يقطع ولهما ما روينا اولا من قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وما رواه ابو يوسف غير مرفوع او محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال صاحب العناية انه ذكر في المبسوط انه اختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل والاصح عندي انه لا يقطع سواء نبش الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرزية في ذلك البيت لان لكل احد من الناس تاويلا في الدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق تابوتا في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة وقال شمس الائمة الاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية في الكفن لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت انتهى ولا يقطع بسرقة مال العامة كمال بيت المال لانه حق العامة والسارق منهم او مال مشترك لان للسارق فيه حقا او مثل دينه او ان يجعلا كان الدين او مؤجلا يعني ان كان له على آخر دراهم حالة او مؤجلة فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء لان التاجيل لتاخير المطالبة فحسب واما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه سرق مالا لا يباح له الاخذ كما سرق من خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ وان لم يكن مستحقا لمكان الاجل لكن كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء وكذا اذا سرق زيادة من حقه لانه بقدر حقه يصير شريكا فيه وهو شايع وان كان دينه نقدا فسرق عرضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي خلافا لابي يوسف لان له ان يأخذه عند بعض العلماء كابن ابي ليلى فانه يقول ان ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول ان يأخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا يأخذ جنس حقه في الدين لان حقه في الوصف وهو الحقيقة وهنا ... لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس ولا يعتبر بعض اقوال العلماء حتى لو ادعى في ذلك انه اخذه قضاء لحقه او رهنا به يندرئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد وان كان دينه دراهم فسرق دنانير او بالعكس يعني ان كان دينه دنانير فسرق دراهم لا يقطع لان النقود جنس واحد حكما كما في الزكاة والشفعة قيل هو الاصح كذا في العناية وقيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ ولا بما قطع فيه مرة ولم يتغير عن حاله اخذه ثانيا يعني سرق عينا فقطع بها وردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل افحش لتقدم الزاجر فصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما علم من قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك وان عادت حقيقة العصمة لكن بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه وان كان قد تغير عنه اخذه ثانيا قطع ثانيا كغزل نسج يعني لو سرق الغزل فقطع ورده ثم نسج فعاد وسرق ثانيا قطع ثانيا لان العين قد تبدل واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل فوجب القطع ثانيا وان سرق ثانيا قبل القطع قطع

فصل في الحرز

فصل في الحرز

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف قال مولانا سعدي افندي المراد من الموصوف المال ومن الوصف الحرز والحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وهو اي الحرز قسمان حرز بمكان كبيت ولو بلا باب او بابه مفتوح فيقطع اذا سرق من البيت وان لم يكن له باب اوله باب ولكنه مفتوح قال صاحب الاختيار ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا واخذ متاعا لم يقطع لانه مكابرة وليس بسرقة لعدم الاستسرار وان دخل ليلا قطع لانه حرز لان البيت بني للحرز ولو دخل بين العشاء والعتمة والناس منتشرون فهو بمنزلة النهار ولو علم صاحب الدار باللص واللص لا يعلم به او بالعكس قطع لانه مستخف وان علم كل واحد بالآخر لا يقطع لانه مكابر وكصندوق وحانوت وحظيرة باعتبار اختلاف الاموال على ما بينا آنفا وحرز بحافظ كمن هو عند ماله ولو نائما لانه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد قال صاحب الكافي ولا فرق بين ان يكون الحافظ منتبها او نائما والمتاع تحته او عنده وقيل انما يكون محرزا في حال نومه اذا كان تحت جنبه او تحت رأسه واما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به في حال نومه والصحيح انه يقطع بكل حال لان المعتبر الاحراز المعتاد وقد حصل هنا فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له الا يرى ان المودع والمستعير لا يضمن وهما يضمنان بالتضييع وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الحافظ فلو سرق من بيت ماذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظ لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به فكان الحرز بالمكان هو الاصل والحرز بالحافظ كالبدل عنه ثم ان الحرز بالمكان لا يجب القطع فيه الا باخراج المتاع منه بخلاف يده قبل والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة بمجرده وهنا ايضا مما يدل على ان الحرز بالمكان اقوى كذا في العناية ولا قطع بسرقة مال من بينهما قرابة ولاد لمكان البسوطة في المال وفي الدخول في الحرز ولا بسرقة من بيت ذي رحم محرم منه لمكان البسوطة في حق الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة كالوجه والكف على ما سيأتي في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى وفي الثانية خلاف الشافعي لظاهر قوله تعالى السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولانه ملك احدهما بانبساط للآخر فيجب القطع لوجود سرقة من حرز كمال ولنا ان القطع لا يجب باخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الاذن بالدخول فلا يبقى الحرز في حق السارق الا يرى الله تعالى في آخر سورة النور ليس على الاعمى حرج الى قوله او صديقكم فان قلت الآية تدل على اباحة الاكل لا على اباحة الدخول قلت الاكل في البيت لا يكون الا بالدخول فيدل اباحة الاكل في البيت على اباحة الدخول فيه ومع اباحة الدخول لا يكون الحرز ثابتا فان قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الآية وقد قال الله تعالى فيها او صديقكم ومع هذا لو سرق من بيت الصديق يقطع قلت لما سرق ظهر انه لم يكن صديقا بل كان عدوا بخلاف ما اذا سرق من بيت اخيه او عمه او خاله حيث لا يقال لم يبق الاخوة او العمومة او الخؤولة فظهر الفرق ثم الجمهور على ان آية السرقة مخصوصة بالاجماع وقد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وغير المحرز ومال الغنيمة شركة للسارق فيجوز ان تخص كما قلنا هنا ما لو كان محرزا في حق السارق لوجود الاذن بالدخول فلا يقطع كما اذا اذا سرق من المسجد فكل ذلك من البيانية ولو كان المسروق من بيت ذي رحم محرم مال غيره لعدم الحرز

على ما ذكر

ويقطع بسرقة ماله اي مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره لوجود الحرز وكذا يقطع بسرقته من بيت محرم
رضاعا لانه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحرم كما اذا ثبت بالزنا او التقبيل عن شهوة
ولان الرضاع قلما يشتهر فلا يسقط خلافا لابي يوسف في الام من الرضاع لانه يدخل عليها
من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى عادة ولا قطع بسرقة
مال زوجته او زوجها فان منبسطة اليد لكل واحد منهما في مال الاخر وثبوت الاتحاد
بينهما مانع من القطع ولو من حرز خاص يعني اذا سرق احد الزوجين من حرز الاخر خاصة
لا يسكنان فيه لا يقطع ايضا عندنا وقال صاحب البيانية قال الشافعي في بعض كتبه
يقطع كل واحد بسرقة الاخر وله قول آخر وهو ان الزوج يقطع والمرأة لا تقطع
وقال مالك ان سرق من بيت سوى البيت الذي يسكنان فيه يقطع والا فلا يقطع
وكذا لا يقطع لو سرق العبد من سيده او زوجة سيده او زوج سيدته
لوجود الاذن بالدخول عادة في هذه الصور او مكاتبه او لا يقطع بسرقة المولى
من مكاتبه لان له في اكسابه حقا وكذا لو سرق المكاتب من سيده لتنزله منزلة العبد
كذا في ابن ملك او ختنه بفتحتين او صهره بكسر الصاد وسكون الهاء قال صاحب
المغرب والختن كل من كان من قبل المرأة مثل الاب والاخ هكذا عند العرب وعند العامة
ختن الرجل زوج بنته وعن الليث الختن الصهر وهو الرجل المتزوج في القوم
قال والابوان ختنا ذلك التزوج وعلى هذا ابو بكر وعمر رضي الله عنهما ختنا رسول
الله صلى الله عليه وسلم هكذا عن ابن الاعرابي وعن ايوب سألت سعيد بن جبير
اينظر الرجل الى شعر ختنه فقرأ ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فقلت
لا اراها فيهن اراد بختنه ام امرأته وقال الازهري الختون والختونة المخاتنة
وهي تجمع المصاهرة بين الرجل والمرأة واهل بيتها اختان واهل الزوج اختان
وعن الليث ايضا لا يقال لاهل بيت الرجل الا اختان واهل بيت المرأة اصهار
ومن العرب من يجعلهم كلهم اصهارا وعن الاصمعي الاحماء من قبل الزوج والاختان
من قبل المرأة والاصهار يجمعهما قال ولا يقال غير ذلك وعن ابن الاعرابي نحوه وقال الزجاج
في قوله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب من لا يحل نكاحه
والصهر من يحل نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من القرابة التي يحل تزوجها
كذا في نسخة المغرب التي عندنا كتبت منها الى هنا وفيها بعض تفصيل زائد على ما كتبته
لكن تركته ثم ان عدم القطع بينهما على قول ابي حنيفة وجهه ان بين الاختان والاصهار
مباسطة في دخول بعضهم منازل البعض بلا استيذان فتمكنت الشبهة في الحرز
خلافا لهما فيهما اي في الختن والصهر لانه لا شبهة للبعض في ملك البعض لانه لا يكون في القرابة
ولا قرابة هنا والمحرمية بها كالمحرمية بالرضاع او سرق من مغنم فانه لا يقطع لما
روي عن علي كرم الله وجهه انه اتي برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه
نصيبا او سرق من حمام نهارا وان كان ربه اي صاحب المسروق عنده لاختلال الحرز
بالاذن في الدخول ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات او سرق من بيت اذن
في دخوله لاختلال الحرز بالاذن ايضا او سرق الضيف من مضيفه لان البيت لم يبق
حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة
ويقطع لو سرق من الحمام ليلا لانه بني للحرز قال صاحب الاختيار وما اعتاد الناس
من دخول الحمام في بعض الليل فهو كالنهار لوجود الاذن كالنهار او سرق من المسجد متاعا
وربه اي صاحب المتاع عنده فانه يقطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لحفظ الاموال
فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع
بكون صاحبه عنده لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ او ادخل يده في صندوق
او كمه او جيبه لانه لم يكن هنا ادخال اليد دون الدخول فتم منه [illegible] الاخراج منه

بحث لفظي الصهر والختن

الاحماء ح

لاحراز لا م

او سرق

او سرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه او نائم عليه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد
والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة قال صاحب الهداية وصاحب الكافي وكذا
النوم بقربه بحيث يعد حافظا انتهى ولو كان المسافر في فسطاط وجمع متاعه فيه
فسرقه سارق يقطع لانه بمنزلة البيت ولو سرق الفسطاط نفسه لم يقطع لانه نفس
الحرز فيحفظ بغيره لانه يحفظ بغيره كذا في البيانية او سرق المؤجر من البيت المستأجر
على صيغة اسم المفعول فانه يقطع عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المؤجر يدخل البيت الذي
آجره للمرمة فيثبت له الاذن كما لو سرق من داره التي اعارها ولابي حنيفة انه ممنوع من الدخول بغير اذن
المستأجر لان البيت المستأجر كالمملوك للمستأجر في حق المنفعة واما الدخول للمرمة
فمباح باذن المستأجر لا بغير اذنه وانما قيد بالمؤجر لانه لو سرق المستأجر من بيت المؤجر
غير البيت الذي استأجره يقطع اتفاقا ولو سرق شيئا ولم يخرجه من الدار لا يقطع
لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى
فيمكن شبهة عدم الاخذ وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغني اهل البيوت
عن الانتفاع بصحن الدار بخلاف ما لو اخرج من حجرة الى صحن الدار يعني لو كانت للدار
حجرات كثيرة وفي كل حجرة ساكن ويستغني اهل الحجرات عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون
به انتفاع السكة فاخرج المسروق من حجرة من تلك الحجرات الى صحن الدار يقطع لان كل حجرة
باعتبار ساكنها حرز على حدة الا ترى ان على باب كل حجرة غلقا على حدة ومال كل محرز بحجرته
او سرق اهل حجرة جميع حجرة دار من حجرة اخرى كائنة فيها اي في الدار قال صدر الشريعة
اراد موضعا كمدرسة ونحوها فيه حجرات يسكن في كل منها انسان لا تعلق له بالحجرة
التي يسكن فيها غيره لا كالدار التي صاحبها واحد وبيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه
وبينهم انبساط انتهى يقول الفقير وهذا هو المراد من قول صاحب الكافي في الدار
المشتملة على البيوت اذا كان في كل بيت ساكن لا يقطع والا فظاهره مخالف او اخذ
شيئا من حرز فالقاه في الطريق ثم خرج فاخذه وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب
للقطع كما لو خرج ولم ياخذه ولنا ان الالقاء حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج
مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر
الكل فعلا واحدا وحاصله ان يده ثبتت عليه بالاخذ ولما رمى الى الطريق لم تزل
يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ
الثاني وجب القطع واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق او حمله على حمار فساقه
فاخرجه من الحرز لان سير الحمار مضاف اليه لسوقه الا يرى ان ما وطئت دابة يضمنه
سائقها ولو دخل البيت فاخذ شيئا وناول اي اعطى من هو خارج من البيت
لا يقطعان لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه
ومن هو خارج لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة من كل واحد وكذا
لا يقطعان لو ادخل الخارج يده فتناول من الداخل وقال ابو يوسف يقطع
الداخل لا الخارج في الصورة الاولى لان الداخل تم منه هتك الحرز وصار المال مخرجا
بفعله بتناوله من هو خارج ويقطعان في الصورة الثانية اما الخارج فقد وجد
منه اخراج المال بادخال يده في الحرز واما الداخل فقد وجد منه الاخراج ايضا بمعاونته
ولنا ما روي عن علي كرم الله وجهه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع وفسر بهذا
ولان السرقة هتك الحرز على المال واخراج المال والكمال فيهما ان يهتك الحرز ويخرج
المال شرط حد السرقة ولم يوجدا بكلها في الصورتين فلم يقطعا لان ما نقص اورث شبهة
العدم يقول الفقير الصور ثلاث احديها ان يدخل احدهما في البيت ويأخذ شيئا
ثم يناوله من هو خارج من غير ان يخرج يده من البيت ومن غير ان يدخل الخارج
يده منه والثانية ان يخرج الداخل يده فيه ويناوله والثالثة ان يدخل الخارج يده فيه ويأخذ من الداخل

بعض

قم

خل

والمفهوم من تحريرهم ان في الصورتين الاخيرتين اختلافا فبقي الصورة الاولى والقياس
يقتضي ان لا يقطع اتفاقا اذا عرفت هذا فاعلم ان في تحريرهم مسامحة لا تخفى
اللهم الا ان يقال الصورة الاولى شاملة للصورتين تدبر. وكذا لا يقطع لو
نقب بيتا وادخل يده فيه واخذ شيئا وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال
من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخرج
الغطريفي وهو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد
والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال
تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره لان الدخول في البيت
هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما
تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد ايضا او طر صرة خارجة من كم غيره
قال صاحب العناية الطرار هو الذي يطر الهميان اي يشق ويقطع والصرة بالضم وعاء
الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها والمراد بالصرة هنا هو نفس الكم المشدود
فيه الدراهم انتهى وحاصل المسئلة وان طر كما شد فيه الدراهم لم يقطع وان ادخل
يده في الكم وطرها يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ
من الظاهر فلا يوجد فيه هتك الحرز وفي الوجه الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق
الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ يعكس الجواب في الوجهين
لانعكاس العلة وتحقيقه انه لو حل الرباط واخذ يقطع في الوجه الاول وهو كون الرباط
من خارج لانه يبقى الدراهم في الكم بعد حل الرباط فيحتاج الى ادخال اليد ليأخذ الدراهم
فيتحقق هتك الحرز بالاخراج منه وفي الوجه الثاني وهو كون الرباط من داخل لا يقطع لانه
اذا حل الرباط يبقى الدراهم خارجة من الكم فلم يوجد اخراج المال من الحرز ولانا اخذ من خارج
الكم فلا يقطع خلافا لابي يوسف متعلق بالمسئلتين معا اما خلافه في المسئلة الاولى
فما نقلناه من الاملاء واما في الثانية فانه يقول يقطع فيها في الوجوه كلها لان المال محرز بصاحبه
والكم تبع قلنا الحرز به ما يقصد محفوظا بكمه او جيبه وقصده قطع المسافة ان كان ماشيا
او الاستراحة ان كان جالسا لا حفظ ماله ولا يعتبر في الحرز ما ليس بمقصود الا تبعا
من شق الجوالق على ابل يسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها
فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق
على ابل يسير لا يقطع لان السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع المسافة او السوق او
القود لا الحفظ فلم تصر الجوالق محرزا به مقصودا وان حلها واخذ من داخل الكم
قطع اتفاقا وهو ما بيناه من انه لو حل الرباط يقطع على تقدير كون الرباط من خارج
فتنبه يقول الفقير خلاف ابي يوسف ثابت في الوجوه كلها قال صاحب الكافي
بعد بيان وجه هذه المسئلة وعن ابي يوسف انه يقطع في الوجوه كلها وكذا صاحب الشرنبلالية
قال وعند ابي يوسف يقطع في الوجوه كلها فنقول الحمد انا قائلين من اقوالهما تبع
ولو سرق من قطار وهو بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض
على نسق قولهم جاء القوم متقاطرين اي جاء بعضهم اثر بعض كذا في البيانية والقاموس
جملا او حملا لا يقطع سواء كان معه سائق يسوقه او قائد يقوده
لان مقصد القائد والسائق القود والسوق وقطع المسافة دون الحفظ
وانما يجب اذا كان المسروق محفوظا مقصودا حتى لو كان مع الاحمال
من يتبعها للحفظ يقطع وان شق الحمل فاخذ منه شيئا قطع لما مر
ان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم
فوجد الاخذ من الحرز وقد بيناه آنفا توضيحا لمسئلة الكم
والفسطاط كالبيت في جميع ما ذكر ه ه ه ه

يقول الفقير محمد الفقير بقي انه كيف حكم السفينة ولم يذكره
والظاهر انها ان كانت فيها اشخاص متعددة في ذواتها
فكالمدرسة وان كان فيها رجل واحد مع خدمه
فكالدار التي تحتوي بيوتا متعددة وان شدت في الشط
فانه فيها الدخول والخروج فكالخيمة والله اعلم بالمرام ه

فصل في كيفية

فصل في كيفية القطع واثباته

لما ذكر وجوب القطع لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانها واثبات
القطع بدليل يقول الفقير لم يذكر في هذا الفصل اثبات القطع بدليل لا صريحا ولا ضمنا
ليت شعري لم قالوا واثباته غاية ما في الباب ان صاحب الهداية قال هكذا وذكر اثباته بدليله
والهم اقتفاه فقال ما قال ولم يتفطن بعدم ذكره تدبر يقطع يمين السارق اما القطع
فلما تلوناه من قوله تعالى السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية واما قطع اليمين فبقراءة
ابن مسعود رضي الله عنه ايمانهما مكان ايديهما وهي مشهورة فيجوز الزيادة بها على الكتاب
وتقطع يده في الاصول من زنده وهو مفصل الذراع في الكف على ان محل القطع فيه خلاف
والذي عليه عامة الفقهاء انه مفصل الزند وقالت الخوارج المنكب لان اليد اسم للجارحة
من رؤوس الاصابع الى الابط وعن بعض الناس الاصابع ووجهه ان الاخذ كان بها
فتقطع لازالة التمكن من الاخذ ولنا ان اليد ذات مفاصل ثلاث وهي الرسغ والمرفق
والمنكب وكل منها يحتمل ان يكون مرادا فزال الاحتمال ببيان النبي صلى الله عليه وسلم حيث
امر بقطع اليد اليمنى من الزند ولان مفصل الزند وهو الرسغ متيقن به لكونه اقل
فيؤخذ به لان العقوبات لا تثبت بالشبهات وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا يثبت
فان قلت المراد في قوله فاقطعوا ايديهما التثنية لا الجمع لان المراد يمين السارق
ويمين السارقة فكيف وقع بلفظ الجمع قلت يجوز ذلك في الاشياء المتصلة كما
في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وليس للاثنين الا قلبان وتحسم من حسم العرق
كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه والمراد هنا الكي بعد القطع بالزيت المغلي ونحوه
لان الحد زاجر لا متلف فتحسم كيلا يؤدي الى التلف وتقطع رجله اليسرى ان
عاد فان سرق ثالثا لا يقطع بل يحبس حتى يتوب ويعزر ايضا كذا ذكره المشايخ
وحاصله ان السارق لا يقطع اطرافه الاربعة بالقطع مرات وانما يقطع يده اليمنى
اول ما سرق ورجله اليسرى ان سرق ثانيا ثم يعزر بعد ذلك ويحبس حتى
يتوب وهذا عندنا وعند الشافعي يقطع اطرافه الاربعة بالقطع مرات ويحبس بعد الرابعة
وعند اصحاب الظواهر يقتل بعد الرابعة استدل الشافعي بقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى عنه ايضا مفسرا وهو
ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى يقطع يده اليمنى
وفي الثانية رجله اليسرى وفي الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى ولان
الثانية مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي
رضي الله عنه اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا يأكل بها ورجلا يمشي بها وبهذا
حاج بقية الصحابة فحجهم اي غلب عليهم في الحجة فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى
لما فيه من تفويت جنس المنافع والحد زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب
والحديث الذي رواه طعن فيه الطحاوي حيث قال تتبعنا الآثار فلم نجد له اصلا
وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كل من لقيناه من حفاظ
الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او يحمل على السياسة بدليل ما ورد في ذلك الحديث
من الامر بالقتل في المرة الخامسة وطلب المسروق منه شرط القطع اختلف العلماء
في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لا حاجة
الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما
خالص حق الله تعالى وقال الشافعي ان اقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى
حضور المسروق منه وطلبه وان ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تبنى على
الدعوى فلم يحضر هو او نائبه لا تقبل الشهادة وان غاب بعد ذلك لا يستوفى القطع

وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء والقطع لان الخصومة
شرط لظهور السرقة لانها اخذ مال الغير بالخيانة ولا يثبت الخيانة على مال الغير
الا بخصومة وكذا ان غاب عند القطع اذ الاستيفاء من القضاء في الحدود
فلو قطع قبل الحضور كان استيفاء مع الشبهة لجواز ان اقر له بالملك قبله
ولو كان المسروق منه مودعا او غاصبا او صاحب الربا بان باع رجل عشرة
دراهم بعشرين درهما وقبضها فسرق يقطع السارق بخصومته او مستعيرا او مستأجرا
او مضاربا او مستبضعا او قابضا على سوم الشراء او مرتهنا وكذا كل من له
يد حافظة سوى المالك كالاب والوصي فله الخصومة وقال الشافعي لا يقطع بخصومة
هؤلاء قال صاحب الكافي والكلام بيننا وبين الشافعي بناء على ان لهؤلاء الخصومة عندنا
وعنده ليس لهم ذلك عند جحود من في يده ما لم يحضر المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون
الخصومة ولنا ان الموجب للقطع السرقة وقد ظهرت بالبينة عقيب الدعوى
المعتبرة لحاجتهم الى الاسترداد بخلاف دعوى الغير لعدم الحاجة الى الاسترداد
ويقطع ايضا بطلب المالك في السرقة من هؤلاء اي المودع والغاصب ونحوه
الا الراهن فانه لا يقطع بطلبه قبل قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه
قال صاحب العناية نقلا عن المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن
ان يقطعه وليس للراهن ان يقطعه لانه لا سبيل له على اخذ الرهن وان قضى
الدين فله ان يقطعه لان له ان ياخذه وهذا لان السارق انما يقطع بخصومة
من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين وقال صاحب
العناية ايضا ولم يذكر العاقد الاخير على قدر اربا فكانه بالتسليم لم يبق له ملك
ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه والمعير
والمؤجر وسائرها فان الملك باق لهؤلاء انتهى ولا يقطع بطلب السارق او
المالك لو سرقت من السارق بعد القطع يعني لو سرق سارق عينا فقطع ثم سرقت
من السارق لم يكن للمقطوع ولا للمالك ان يقطعا السارق الثاني لان السرقة
انما يوجب القطع اذا كانت من يد المالك او الامين او الضمين على ما فهم
من المسائل التي قبلها ولم يوجد شيء منها ههنا اذ السارق الاول ليس بمالك
ولا امين ولا ضمين حتى لو تلف لا يضمن كما سياتي ان شاء الله تعالى
فسقط التقوم في حق السارق ضرورة القطع الا ان للمالك ان يستردها في
رواية لحاجته بخلاف ما لو سرقت منه اي من السارق الاول قبل القطع او بعد
درئه بشبهة فانه يقطع بخصومتهما لان السارق الاول يكون بمعنى
الغاصب وسقوط التقوم لضرورة القطع ولم يوجد وان لم يطلب احد
لا يقطع لما مر من ان طلب المسروق منه شرط وان اقر هو به احترازا عن قول
الشافعي كما مر تفصيله ولا بد من حضوره اي حضور الطالب عند الاقرار
والشهادة والقطع وهذا ايضا احتراز عن قول الشافعي فانه قال لا يلزم حضوره بعد
ما شهد عند القطع وقد مر تفصيله ايضا ولو كانت يده اليسرى او ابهامها
اي ابهام يده اليسرى مقطوعة او شلاء او اصبعان سوى الابهام كذلك
اي مقطوعتين او شلاوين لا يقطع منه اي من السارق شيء بل يحبس لان فيه تفويت
جنس المنفعة بطشا اما في اليد فظ واما في الابهام فلان قوام البطش بالابهام
وكذا فوات الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام بخلاف الواحدة
سوى الابهام فانها لا توجب خللا في البطش كما في الابهام او الاصبعين سواها
واما الحبس فلئلا يفوت الزجر راسا وكذا لو كانت رجله اليمنى مقطوعة او
شلاء لا يقطع يده اليمنى لان فيه تفويت جنس المنفعة مشيا اذ لا يقدر عليه لو كان

رجله ويده

رجله ويده مقطوعتين من وفاق واما لو كانتا مقطوعتين من خلاف فيضع العصا تحت ابطه فيكون
قائما مقام الرجل الفائتة ولا يضمن الحداد بقطع اليمنى لو قطع اليسرى لو كان عمدا او خطأ
عند ابي حنيفة وعندهما يضمن ان تعمد ولا شيء عليه في الخطأ وقال زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو
القياس لانه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ
في الاجتهاد اذ ليس في النص تعيين اليمنى والخطأ في الاجتهاد عفو ولهما انه قطع طرفا
معصوما بغير حق لانه لم يقطع يسارا حتى يكون قطع اليسار عوضا عنها ولا تأويل
لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة
ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لكنه
اتلف من جنسه ما هو خير له فلا يعد ظلما وعلى هذا لو قطع يسار السارق غير الحداد
بقطع اليمنى لا يضمن شيئا هو الصحيح وقال في شرح الطحاوي ولو قطع غيره يده
اليسرى فان تعمد يلزم القصاص وان اخطأ يلزم الدية لكن الاول هو الصحيح كذا في العناية
ثم انهم قالوا المراد بالخطأ في هذه المسائل الخطأ في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة
اليمنى واليسرى فلا يجعل عفوا قيل يجعل عفوا ايضا كذا في الهداية ولو اخرج السارق
يساره وقال هذه يميني لا يضمن في قطع اليسرى بلا تفاوت لانه قطعه بامره ومن سرق شيئا
ورده قبل الخصومة الى المالك لا يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بالرد
بعد الخصومة بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج الى الخصومة ووجه الظاهر ان لا قطع
الا بعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلا دعوى ولا دعوى
بعد ما وصل المسروق الى المسروق منه واما دعوى القطع فهو اجنبي عنها ولا قطع بدعوى
الاجنبي كذا بعد ما وان رده بعد سماع البينة والقضاء يقطع وقبل القضاء لا يقطع استحسانا
لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة ولو رده الى ابيه او ابنه او جده
سواء كانوا في عياله او لم يكونوا لا يقطع لانه كالرد الى نفسه ولو رده الى ولده او ذي
رحم ان لم يكونا في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما وان كانا في
عياله لم يقطع لان لهؤلاء شبهة ملك بالنص فيثبت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد
ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولو دفع الى المكاتب لا يقطع لانه عبده
ولو سرق من مكاتب ورده الى سيده لا يقطع ايضا لان يده عليه فوق يده على ماله
وكذا لا يقطع لو نقصت قيمته من النصاب قبل القطع بعد القضاء وعن محمد
يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بما اذا هلك درهم من العشرة او استهلكه
ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء بخلاف
النقصان في عين العلاج لانه مضمون عليه واما نقصان السعر فغير مضمون فكان
النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا او ملكه اي ملك السارق بعد القضاء
بهبة او بيع وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت
انعقادا باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه وظهورا لان الامر قد
قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني بعارض ثبوت
الملك للسارق بسبب الهبة والبيع لا يتبين قيام الملك للسارق وقت السرقة
لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع
ولنا ان الامضاء من القضاء يعني ان استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت
بالقطع او بالرجم او بالجلد في باب الحد ولو وقع الاستغناء عن القضاء بالاستيفاء
يعني ان القضاء في هذا الباب لا يغني عنه الا بالاستيفاء لان القضاء للاظهار ولا اظهار
هنا لان القطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده تعالى لا يعزب عنه مثقال ذرة في الارض
ولا في السماء فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب يعرى عن الفائدة بالكلية
وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المط

فلا حاجة الى جعل الاستيفاء من تتمة القضاء هنا وهذا فيه تفويض استيفاء الحد الى الائمة
دون سائر الحقوق واذا كان كذلك يعني اذا كان الامضاء من تتمة القضاء يشترط
قيام الخصومة عند الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتقض ذلك بالبيع
والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء
لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقرون باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة
في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء
بالاجماع كذا في العناية نقلا عن الاسرار وقوله بعد القضاء قيد للمسئلتين جميعا
او ادعى السارق انه اي المسروق ملكه اي ملك السارق يعني بعد ما شهد الشاهدان
وان ادعى ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق كذا في العناية
وان لم يثبت وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي
الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة للحد والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى
لاحتمال الصدق ولا اعتبار بقوله لا يعجز عنه سارق بدليل ان الرجوع عن الاقرار
صحيح مع انه مقر اولا ويتمكن من الرجوع فكان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة هكذا
هنا قال صاحب الاشباه ومثل هذا يسمى اللص الظريف ونظيره ما اذا ادعى
ابن الموطوءة زوجته ولم يعلم ذلك حيث يسقط عنه الحد قال صاحب البناية
قلت والمشهور من الشافعي ان السارق اذا قال سرقت ملكي يسقط القطع
بمجرد دعواه وكذا لو قال السارق هو لي وله شريك في السرقة لا يقطع وكذلك
لا يقطع لو قال العبد السارق هو ملك سيدي وان كذبه سيده فعلم بذلك ان
ذكر الخلاف للشافعي فيه نظر ولعل صاحب الهداية وجد نقلا صحيحا في خلاف الشافعي انتهى
وكذا لو ادعاه احد السارقين يعني اذا كان السارق اثنين فقال احدهما هو لي
لم يقطعا وان لم يثبت لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر
ولو سرقا وغاب احدهما وشهدا على البناء للمفعول على سرقتهما قطع الآخر في قول
ابي ح ره وهو قولهما وكان ابو ح ره يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي
الشبهة الدارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة
وهو لا يجوز ووجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب لان
القضاء على الغائب لا يجوز فكان الغائب في هذه الشبهة كانه معدوم والمعدوم
لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة
ولا اعتبار بتوهم حدوث الشبهة ولو اقر العبد المأذون بسرقة قطع
وردت الى المسروق منه وكذا المحجور عند الامام وعند ابي يوسف يقطع ولا ترد
وعند محمد لا يقطع ولا ترد اعلم ان هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون مأذونا
او محجورا وعلى كل من التقديرين المال قائم في يده او هالك فان كان مأذونا يصح اقراره في حق
القطع والمال فتقطع يده فيرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا
لا ضمان عليه صدقه مولاه او كذبه لان القطع والضمان لا يجتمعان وان كان محجورا
والمال هالك يقطع ولا يضمن كذبه مولاه او صدقه وان كان قائما وصدقه مولاه يقطع
فيرد المال الى المسروق منه وان كذبه وقال المال مالي قال ابو حنيفة رضي الله عنه
يقطع يده والمال للمسروق منه وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يقطع يده والمال لي
وقال محمد ره لا يقطع والمال للمولى وقال زفر لا يصح اقراره بالمال ان كان مأذونا
ان كان محجورا لا يصح اقراره بالمال ايض لانه اقر بما يتضرر به المولى ولم يزجر نفسها
وردا لا فلا يصح اقراره في حق القطع مأذونا كان او محجورا لان عنده
لا يصح اقرار العبد على نفسه بالحد والقصاص لانه يستحق به نفسه هو
او طرفه وهما مال المولى واقرار الانسان على غيره باطل

ولم يضمن ح

ولنا

ولنا انه اقر بما لا تهمة فيه فيقبل لان موجبه استحقاق نفسه او طرفه اقر مأذونا
يضره فيعضده سيده ولان الاقرار لو صح عند انتفاء التهمة منه ولان وجوب الحد
عليه باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك فنفسه من حيث انه آدمي
حقه لا حق سيده فاقراره في حقنا كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه
بذلك وما لا يملكه المولى عليه فهو فيه كالحر فاذا صح اقراره على نفسه ولا تخفى
نفسه من حيث انه آدمي يتعدى الى استحقاق نفسه من حيث انه مال تبعا وقد
يثبت الشيء تبعا وان لم يثبت قصدا وقال محمد اقرار المحجور بالمال باطل لان كسبه ملك
مولاه وما في يده كان ملك المولى ولهذا لا يصح لو اقر فيه بالغصب فكذا بالسرقة
واذا لم يصح اقراره في حق المولى بقي على ملك سيده ولا يصح القطع في مال حكم به لسيده
لان كون المال مملوكا لغير السارق وغير مولاه شرط وجوب القطع وتحقيقه
ان المال اصل والقطع تبع لانه قد يثبت المال بدون القطع كما لو شهد
رجل وامرأتان ولا يتصور ان يثبت القطع قبل ثبوت المال واذا بطل اقراره
في حق الاصل بطل في حق التابع ايض فلهذا لا يقطع ولا يرد بخلاف المأذون
لصحة اقراره بالمال في يده فيصح في حق القطع ايض وقال ابو يوسف ره انه اقر
بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح وبالمال للمسروق منه وهو على سيده
فلا يصح واحد الحكمين ينفصل عن الآخر لانه قد يثبت المال دون القطع وقد
يثبت القطع دون المال كما لو اقر بسرقة مال مستهلك ويجوز ان يقطع
به وان لم يقبل اقراره في تعيين المال كالحر اذا قال الثوب الذي في يد زيد
سرقته من عمرو وكذبه زيد فانه يقطع به المقر وان لم يقبل اقراره ان ذلك
الثوب لعمرو حتى يعجز الاقرار من زيد وقال ابو ح ره اقراره بالقطع صحيح منه
لانه مبني على اصل الحرية فيه فيصح اقراره في المال تبعا لاستحالة ان يقطع
يد العبد في مال مملوك لمولاه وثبوت الشيء يثبت ما كان من ضروراته وهذا
لان الاقرار يلاقي حالة البقاء في المال من حال القضاء تبع للقطع ولهذا يسقط
عصمة المال باعتبار القطع لما ان القطع لا يجتمع مع الضمان ويستوفى القطع
بعد هلاكه وسقوط العصمة يدل على ان المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله
وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على كون المال تبعا
اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل بخلاف مسئلة الحر لانه ليس من ضرورة
كونه مسروقا انتفى كونه مالكا لجواز ان يكون مودعا ولو صدقه المولى
يقطع في الفصول كلها الا ان المانع قد زال كذا في الكافي
قال صاحب العناية حكي عن الطحاوي انه قال سمعت استاذي ابن ابي عمران
يقول الاقاويل الثلاثة كلها لابي ح ره فقوله الاول قول محمد ثم رجع الى ما قال به ابو يوسف
فاخذ به ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه ومن قطع بسرقة
والعين قائمة يردها الى المسروق منه لبقائها على ملكه ولقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد ولان النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق رداء صفوان
ورد الرداء اليه وان لم تكن قائمة فلا ضمان عليه وان استهلكها قال
صاحب الهداية وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وما لم يضمن في صورة
الاستهلاك مع وجود صنع منه فلان لا يضمن في صورة الهلاك اولى وهو
ان الاطلاق رواية ابي يوسف عن ابي ح ره وهي المشهورة وروى الحسن عنه
انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمنهما لان القطع والضمان حقان قد
اختلف سبباهما فلا يمتنع اجتماعهما فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان
حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم من حيث انه يجب فيه قيمتان لله

وفيه اخرى لجزاء ارتكابه المحظور تعالى

ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه
وان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ
فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي وقال
مالك ان هلك في يده او استهلكه وهو موسر يضمن وان كان معسرا فلا ضمان عليه
وان ايسر بعد ذلك وعند احمد بن حنبل يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا
فيكون قوله كقول الشافعي قال صاحب البناية وروي عن محمد بن الحسن انه قال
انا لا اوجب عليه الضمان في الحكم والقضاء واما فيما بينه وبين الله تعالى فالضمان واجب
عليه وهذا القول حسن وان سرق سرقات فقطع بكلها او بعضها لا يضمن
شيئا منها عند ابي حنيفة وقالا يضمن ما موصولة لم يقطع به يعني سرق سرقات
فاجتمع اصحابها وادعوا وثبتت السرقات بالبينة او بالاقرار فقطعت فهو لكلها فلا يضمن
شيئا ان هلكت الاموال في يده او استهلكها لثبوت الكل عند القاضي بخصومة اربابها
ووقوع القطع للكل فيسقط ضمان الكل لان القطع والضمان لا يجتمعان وان خاصم
واحد منهم دون الباقين فقطع قال ابو حنيفة القطع للسرقات كلها حتى اذا حاروا
واثبتوا السرقة لا يضمن شيئا ان هلكت الاموال في يده او استهلكها وعندهما
يضمن كلها الا التي قطع فيها لابي حنيفة ان الواجب في الكل قطع واحد حقا لله تعالى
لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي وقد وجد
ذلك بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوبه قصدا واذا استوفى
ذلك القطع الواحد فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الانزجار يرجع الى
الكل ولهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة ليظهر
السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة
والمال المعصوم مضمون لا محالة فيجب ضمانها ولو سرق ثوبا فشقه في الدار
وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم ثم اخرجه قطع فيه وعن ابي يوسف انه
لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك
المضمون وهذا قلنا ان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب
بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السا رق
فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع ثم فسخ البايع البيع فانه لا يقطع
هنالك فكذلك هنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوكة للسارق
ولكن ورد عليها سبب الملك ولهما ان هذا الاخذ اي اخذ الثوب الذي فيه
خرق فاحش وضع سببا للضمان لا للملك وتحقيق الدليل انا لا نسلم ان له فيه
سبب الملك لان الاخذ المحرم ليس بموضوع للملك وانما هو موضوع سببا
للضمان فكان له فيه سبب الضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت ضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثل هذا الاخذ الذي
هو سبب للضمان لا يورث الشبهة بخلاف ما ذكره ابو يوسف لان سبب الملك
فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة الملك ثم انهم قيدوا المسألة بقيدين
احدهما ان يكون الشق في الدار والثاني ان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار
لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته
بالشق عن العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق في الدار ونقصت قيمته
عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع قولا واحدا ايضا لان السرقة تمت على النصاب
الكامل في الاول دون الثاني والخلاف فيما اذا شق في الدار وهو يساوي
بعد الشق عشرة دراهم ثم اخرجه لا ان سرق شاة فذبحها في الدار ثم اخرجها
لان السرقة تمت على اللحم وقد سبق ان سرقته لا توجب القطع

ولو ضرب

ولو ضرب المسروق دراهم او دنانير قطع وردها عنده وعندهما لا يردها بناء على ان الصنعة
متقومة عندهما خلافا له والاصل في الغصب وسيجيء ان شاء الله تعالى ثم ان القطع
عنده لا يشكل لان السارق لم يملك المسروق وقيل عندهما لا يقطع لان السارق
ملك المسروق عندهما وقيل يقطع لانه ما ملك عينه وانما ملكه لانه صار بصنعته شيئا
اخر ولو صبغه اي الثوب المسروق احمر لا يؤخذ منه الثوب ولا يضمنه عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين الثوب
قائم بعد الصبغ لكن اتصل به مال الغير وهذا يوجب عين ماله فهو احق به ويضمن قيمة
الصبغ لانه تابع ولهذا لو حصل الصبغ من الغاصب لا ينقطع به حق المغصوب منه
في الاسترداد فكذا من السارق لان الثوب اصل والصبغ تبع فكان اعتبار
الاصل اولى ولهما ان صبغ السارق في الثوب قائم صورة ومعنى حتى اذا اخذه
صاحبه ضمن له ما زاد فيه وحق رب الثوب فيه باق صورة لا معنى حتى اذا هلك
او استهلك عنده لا يضمن فصار حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا
صبغ انقطع حق الواهب ومسألة الغصب بخلافها لان الثوب فيه مضمون على
الغاصب اذا هلك فافترقا قال صاحب الكنز ولو صبغه احمر فقطع لا يرد ولا
يضمن وقال الشارح الزيلعي اي سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فصبغه احمر لم يؤخذ منه
الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد سرق الثوب فقطع يده و
قد صبغ الثوب احمر يدل على انه لا فرق بين ان يصبغه قبل القطع او بعده انتهى ما
ذكره الزيلعي قال مولانا الفاضل سعدي افندي وانت خبير بان عبارة الهداية
ليست على ما نقله انتهى يقول الفقير العبارة في نسخ الهداية التي عندنا هكذا وان سرق
ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهي بعينها عبارة صاحب الكنز
لكن يمكن ان يقال لعل الفاضل الزيلعي وصل اليه نسخة عبارتها كما
ذكره وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية صورة المسألة سرق ثوبا فقطع
فيه ثم صبغه احمر اه فان لفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة

ويعقوب اسم ابي يوسف القاضي رحمه الله تعالى لمحرره عفي عنه

في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب احمر ليس لصاحبه عليه
سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله
ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولا على التراخي بل صيغة الماضي
يدل على التقدم على صاحب الحال على ما عرف ولكن قول المص الا ترى انه غير
مضمون اه انما يستقيم اذا كانت صورة المسألة ما قاله صاحب النهاية انتهى
يقول الفقير وعلى هذا يمكن ان يقال اذا كان قول صاحب الهداية الا ترى انه غير
مضمون الى اخره غير مستقيم الا اذا كانت صورة المسألة ما قال صاحب النهاية
يكون نقل الزيلعي عبارة الهداية نقلا لحال المسألة ومحصلها ومآل المسألة ما نقله
بشهادة قوله الا ترى اه كما عرفت تدبر والمص بسط المسألة على وجه يشير
بعدم الفرق بين ان يصبغه قبل القطع او بعده حيث طوى القطع من البين وقال
ولو صبغه احمر لا يؤخذ اه وان صبغه اسود اخذ منه الثوب ولا يعطى شيئا
وحكما على صيغة الماضي المثنى فيه اي في الاسود كحكمهما في الاحمر
قال صاحب الهداية وصاحب الكافي ولو صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني
مذهبي ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فعند ابي حنيفة السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق
اذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المسروق منه فله ان يأخذ الثوب ولا يعطي
شيئا وعند ابي يوسف ومحمد السواد زيادة كالحمرة لكن محمدا لا يقول بانقطاع
حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه
كما في الحمرة وابو يوسف يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل له عليه كما في الحمرة

يقول الفقير حاصل الاختلاف ان محمدا مع ابي حنيفة في الاخذ لكن يقول ابو حنيفة يؤخذ
ولا يعطي للاخذ شيئا لانه نقصان ومحمد يقول يؤخذ ويعطي ما زاد الصبغ لانه زيادة
عنده ومع ابي يوسف في كون السواد زيادة كالحمرة لكن يقول ابو يوسف كما ان
الحمرة تقطع حق المالك كذلك السواد يقطعه فلا يأخذه المالك ويقول محمد السواد
زيادة كالحمرة لكن لا ينقطع حق المالك بمثل هذه الزيادة فيأخذه ويعطي ما زاد اذا
عرفت هذا فاعلم ان ضمير التثنية في قوله حكما ومنه قوله حكمهما راجع الى ابي يوسف ومحمد
على ما وعد في الديباجة من قاعدة ايراد ضمير التثنية لكن فيه بحث تدبر

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما تسميته سرقة فباعتبار ان قاطع الطريق
يأخذ المال خفية عن عين الامام الاعظم الذي عليه حفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته
واما كونه كبرى فلان ضرره يعم عامة المسلمين حيث ينقطع عليهم الطريق بزوال الامن
بخلاف السرقة الصغرى فان ضررها خاص بالمسروق منه ولان موجب قطع الطريق
اغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ثم تقديم السرقة الصغرى على الكبرى
لان الصغرى اكثر وقوعا او لان الاكثر الترقي من الصغير الى الكبير
او لان قطع الطريق فيه يباشر ما هو السفل وذكر العارض بعد ذكر الاصل
من قصد قطع الطريق اي قصد قطع المارة عن الطريق واضافة القطع الى الطريق
مجاز من مسلم بيان لمن او ذمي على مسلم او ذمي اي كائنا على مسلم او ذمي خلافا
لما كان القاطع مستأمنا لان في اقامة الحد عليه خلافا فأخذ قبله اي قبل
قطع الطريق حبس لمباشرته منكرا حتى يتوب لكن لا يكتفي بالقول بل بان يظهر فيه سيما
الصالحين وان اخذ اي قاصد قطع الطريق مالا وحصل لكل واحد من قاطع الطريق
نصاب السرقة قطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان صحيح الاطراف كذا في الذخيرة
نقلا عن تحفة الفقهاء وانما لم يحصل لكل واحد نصاب لم يقطع وقال الحسن بن
زياد لا يلزم ان يكون ما حصل لكل عشرون درهما لانه يقطع من قاطع الطريق
طرفان فيشترط نصابان كذا في البناية وان قتل قاصد قطع الطريق
فقط ولم يأخذ مالا ولو كان قتله بعصا او حجر يعني لا يشترط في قتله ان يكون
بالمحدد كما في القصاص لان قطع الطريق يحصل بالقتل بأي آلة كانت
بل بمجرد اخذ المال قتل حدا لا قصاصا فلا يعتبر عفو الاولياء تفريع على كونه
قتله حدا يعني لو عفا الاولياء عنه لا يلتفت الى عفوهم بل يقتل لانه لما كان
حدا يكون حق الشرع فلا يؤثر فيه عفو العبد قال فخر الدين قاضيخان
في فتاواه وان قتل ولم يأخذ المال قتل قصاصا ولا يعمل عفو في ذلك انتهى
يقول الفقير العجب ان ما وقع في فتاواه مخالف لجميع الكتب التي رأينا
نتتبع اللهم الا ان يكون نسخة الخانية التي عندنا سقيمة
وان قتل قاصد قطع الطريق واخذ مالا قطع يده ورجله من خلاف وقتل
وصلب او قتل فقط او صلب فقط يعني الامام مخير ان شاء قطع يده
ورجله من خلاف وقتله وصلبه وان شاء قتله فقط وان شاء صلبه فقط
عند ابي حنيفة وابي يوسف وخالف محمد في القطع يعني قال محمد يقتل فقط او يصلب
فقط ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا يوجب حدين ولهما ان هذه عقوبة
واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على الناس بالقتل واخذ
المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين

قوله الامام الاعظم المراد هنا بالامام الاعظم الامير او الخليفة لا صاحب المذهب كما توهم وقيل لمحرره

وقوعها

اي شاهد فيه علامة المتقين من اقامة الصلاة وايتاء الزكاة والاحتراز من حقوق العباد وغيرها والتدارك لما سلف ونحوها لمحرره

وانت خبير بانه اجتمع عند الشارح من الكتب المعتبرة بضع وعشرون فالنفي الذي في الخانية عظيمة تدبر لمحرره

ثم اعلم

ثم اعلم ان الاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض
فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض الآية
اي يحاربون اولياء الله على حذف المضاف لان احدا لا يحارب الله تعالى ولان المسافرين
الذين في البراري والفيافي في امان الله تعالى وحفظه فالمتعرض لهم كانه يحارب الله تعالى والمراد
منه التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا الى آخره لا التخيير كما قال مالك
متشبثا بظاهره اذ ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من اخذ المال قطع ومن قتل
قتل ومن اخذ المال وقتل صلب ولان هذه الاحوال ذكرت على سبيل المقابلة
بالمحاربة وهي معلومة بانواعها تخويف واخذ مال او قتل او قتل مع اخذ المال
فاستغنى عن بيانها واكتفى باطلاقها بدلالة تنويع الجزاء فصارت انواع الجزاء
مقابلة بانواع المحاربة فاوجب التقسيم على حسب احوال الجناية وتفاوت
الاجزية اذ يستحيل ان يعاقب باخف الانواع عند غلظ الجناية وباغلظها عند
خفتها والاحوال اربعة والاجزية كذلك ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح
حتى يموت وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة والاول هو الاصح ان الصلب
على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود ويترك ثلاثة ايام فقط يعني لا يترك
فوق ثلاثة ايام لانه يتغير بعد ثلاثة ايام فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف انه يترك
على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر غيره قلنا يحصل الاعتبار بثلاثة ايام
والنهاية غير مطلوبة فيرد بالاخذ اليه لكن ان كان باقيا والا
وان لم يكن باقيا فلا ضمان عليه اعتبارا بالسرقة الصغرى ولو باشر القتل
بعضهم حد واحد كلهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا
للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم
لا القتل من كل منهم وان اخذ مالا وجرح قطع يده ورجله من خلاف والجرح هدر
لان الحد لما وجب حقا لله تعالى سقط عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال
لان القطع مع الضمان لا يجتمع وان جرح فقط اي لم يقتل ولم يأخذ مالا او قتل
فتاب قبل ان يؤخذ فلا حد اي لا قطع في الاولى ولا قتل في الثانية بل يقتص منه
فيما فيه القصاص ويؤخذ الارش منه فيما فيه الارش ويرد ذلك الى الولي لانه لا حد
في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي هنا
في المسألة الاولى وكذلك في الثانية ان شاء الولي قتله وان شاء عفا عنه
لان الحد يسقط بالتوبة قبل الاخذ لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا
عليه فظهر حق العبد فيه ايضا ومن هنا قال والحق للولي ان شاء عفا
وان شاء اخذ بموجب الجناية وكذا الحكم ان كان فيهم صبي او مجنون او ذو رحم محرم
من المقطوع عليه يسقط الحد عن الباقين قال صاحب الهداية والكافي
والمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ان باشر
الصبي والمجنون القتل فلا حد على الباقين وان باشر العقلاء حد
الباقون غير الصبي والمجنون وعلى هذا السرقة الصغرى اي ان ولي الصبي
والمجنون باخراج المتاع سقط القطع عنهم وان ولي سواهما قطع الا
الصبي والمجنون لان المباشر اصل والردء تابع فاذا كان المباشر غير مكلف
فلا خلل في الاصل وانما الخلل في التبع وسقوط الحد عن التابع لا يوجب
سقوط الحد عن المتبوع ولهما ان قطع الطريق جناية واحدة قامت بالكل
فاذا تمكنت الشبهة في حق احدهم سقط عن الباقين
كالعامد والخاطئ اذا اشتركا في القتل فانه لا يجب القود عليهما

اما ذو الرحم المحرم فقد قال ابو بكر الرازي رح ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم حتى لا يجب الحد باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم ويصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان الاخذ شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين وأما اذا لم يكن مشتركا بينهم فان لم يأخذ من المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذ من غيره يحدون باعتبار المال الماخوذ من الاجنبي والصحيح انه مجري على اطلاقه وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز واحد وهو القافلة والجناية واحدة ايض وهو قطع الطريق فاذا لم تكن موجبة في حق احدهم لمعنى لا تكون موجبة في حق الباقين لان فعل الباقين كبعض العلة وببعض العلة لا يثبت الحكم بخلاف ما اذا كان في القافلة مستأمن فانهم يحدون لانهم قطعوا الطريق على المسلمين والمستأمن وقطع الطريق على المستأمن وان لم يوجب الحد فقطع الطريق على المسلمين يوجبه وغير الموجب لا يصلح معارضا للموجب وهنا لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهذا مختص بالمستأمن وهنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فمتى لم يبق حرزا في حق لم يبق حرزا في الكل كدار يسكنها اخوه واجنبي فسرق مال الاجنبي لا يقطع ولو سرق مال مسلم ومستأمن يسكنان فيها يقطع واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاءوا قتلوا وان شاءوا عفوا لظهور حق العبد انتهى في الهداية والكافي

او قطع بعض القافلة على بعض فلا حد ايض ويكون الحق للولي لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة قال مولانا الفاضل سعدي فتدبر اقول كبيت واحد لانه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير على ما سبق انتهى

او قطع على البناء للمفعول الطريق ليلا او نهارا ابصر او بين مصرين كالكوفة والحيرة لا حد استحسانا بل يرد ما اخذوه من المال ايصالا الحق الى مستحقه ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الامر المنكر والامر في قتل من قتل منهم او جرح الى الاولياء ايض وفي الينابيع لا يلزم الحد لوجود قطع الطريق حقيقة وعن ابي يوسف يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث ولان السبب محاربة الله ورسوله انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها وأما في المصر وفيما بين القريب فيلحقه الغوث من الناس عادة وقال بعض المتأخرين ان ابا حنيفة اجاب بذلك بناء على عادة اهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع انفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد الطريق ولو تحقق يكون نادرا فلا يبتنى الحكم عليه ولذا بينه في ذلك فيما بين الحيرة والكوفة لاتصال عمران احد الموضعين بالاخر واما الآن فقد صار كالبرية وتركوا عادة حمل السلاح في الامصار فيتحقق القطع في الامصار وفيما بين المصرين كذا في الكافي

ومن خنق بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا في العناية نقلا عن الفارابي في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والا اي وان لم يخنق غير مرة بل خنقه مرة فكالقتل بالمثقل يعني يكون الدية على عاقلته كمسئلة القتل بالمثقل وسيجيء في الديات ان شاء الله تعالى

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وفي ذلك الغير يتأدى بفعل المأمور الا ان الحدود معاملة مع المسلمين غالبا او على الخصوص في حد الشرب والسير معاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين اولى ولان الجهاد زجر عن الكفر والحد زجر عما يوجب الفسق فترتبت من الادنى الى الاعلى والسير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه وفي المغرب غلب السيرة على الطريقة الا انها غلبت في لسان الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك غلبت في لسان الشرع على امور الحج الجهاد قيل هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بدءا منا فرض كفاية قوله بدءا منا يعني يفترض علينا ان نبدأهم بالقتال وان لم يقاتلونا فان الرسول صلى الله عليه وسلم كان مأمورا في ابتداء الامر بالصفح والاعراض عن المشركين كما قال الله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بانواع من الطرق المستحسنة حيث قال ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم امر بالقتال مطلقا في الازمان كلها والاماكن جلها بقوله وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقاتلوا المشركين كافة وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر الى غير ذلك من الآيات اذا قام به البعض سقط عن الكل وان تركه الكل اثموا ووجهه انه ما فرض لعينه اذ هو قتل وافساد في نفسه وتخريب لبنيان الرب وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الانسان بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب لكنه فرض لاعلاء كلمة الله واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام فان واحدا منها اذا حصل من بعض الجماعة سقط عن الباقين وان لم يحصل اصلا اثموا قال صاحب الاصلاح والايضاح وسقط عن الباقين بان يحصل الكفاية فما لم يحصل الكفاية لا يسقط ذكر في البدائع فاياك ان تتوهم ان فرض الجهاد يسقط عن المسلمين في ديارنا باقامته في ديار الهند والترك اذ لا يحصل الكفاية بذلك وهو شرط للسقوط عن الباقين ولا يجب الجهاد على صبي لانه مرفوع القلم وامرأة وعبد لاشتغالهما بخدمة الزوج والمولى وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغناه واعمى ومقعد واقطع للحرج بعجزهم فان هجم العدو ففرض عين فتخرج المرأة والعبد بلا اذن الزوج والمولى لان ملك النكاح وملك اليمين لا يظهران في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج والاصل فيه قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي اخرجوا الى الجهاد شبانا وشيوخا وركبانا ومشاة وعزابا ومتأهلين واغنياء وفقراء ونقل صاحب النهاية عن الذخيرة ان الجهاد اذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو اما من وراءهم ببعد من العدو فهو فرض كفاية عليهم حتى يسعهم تركه اذا لم يحتج اليهم فاذا احتيج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة مع العدو ولم يعجزوا عنها لكنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فانه يكون فرضا على من يليهم فرض عين كالصوم والصلاة ولا يسعهم تركه ثم وثم الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج ونظيره الصلاة على الميت فان من مات في ناحية من نواحي البلدة فعلى جيرانه واهل محلته ان يقوموا عليه

والتراب بكسر المهملة والترائب جمع ترب وهو من لا اهل له ومعه العزب ليس في الجنة اعزب

ولبس على من كان بعيدا من الميدان يقوم بذلك وان كان الذي يبعد من الميدان يعلم
ان اهل المحلة يضيعون حقوقهم ويعجزون عنه كان عليه ان يقوم بحقوقهم فكذا هنا.
وكره الجعل وهو ما يجعل الامام على ارباب الاموال شيئا بلا طيب انفسهم بتقوية
الغزاة وهذا يكره ان كان فيء اي وجد شيء في بيت المال يتقوى الغزاة به لانه
يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها مع انه لا ضرورة
اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين والا اي وان لم يوجد في بيت المال
شيء يتقوى به الغزاة فلا يكره الجعل لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى وقد اخذ
النبي صلى الله عليه وسلم دروع صفوان عند الحاجة بلا طيب نفسه وعمر رضي الله عنه
كان يعطي الغازي فرس القاعد وكان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ولان احوال
الناس متفاوتة في الجهاد فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال ومنهم من يقدر عليه بالنفس
لقدرته دون المال لفقره ومنهم من يقدر بالمال لغناه دون النفس لعجزه فيعاون
الغني العاجز بماله للفقير الصالح حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون
كالبنيان يشد بعضهم بعضا قال مولانا الفاضل سعدي افندي فعلى هذا من الامام
انه لا شيء يكره للامام ضرب الجعل على الناس للغزاة ما دام لم يوجد فيء لان فيه شبهة
الاجرة وان لم يكن فلا باس وللامام ذلك بشرط الضمان فاذا زالت الحاجة
يرد الى صاحبه ان كان قائما والا قيمته والاولى ان يغزو المسلم بالغنيمة ثم بال
بيت المال لانه لمصالح المسلمين انتهى. ثم شرع في كيفية القتال فقال
واذا حاصرناهم اي اهل الكفر ندعوهم الى الاسلام لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام وروي ان
النبي صلى الله عليه وسلم اذا نزل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة
واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال فان اسلموا نكف عن قتالهم لحصول المقصود
وقد قال صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث
قال مولانا سعدي افندي لا يكفي قولهم لا اله الا الله بل لا بد من ذكر محمد رسول الله
قلنا الجزء الاول صار علما للمجموع كما يقال قرات قل هو الله احد صرح به الكرماني في
شرح البخاري انتهى والا اي وان لم يسلموا فالى الجزية اي ندعوهم الى قبول الجزية
به امر النبي صلى الله عليه وسلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما
نطق به النص وهو قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى ان قال حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون. ان كانوا من اهلها اي اهل الجزية كاهل الكتاب
والمجوس وعبدة الاصنام من العجم واما المرتدون وعبدة الاوثان من العرب فلا فائدة
في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا تقبل منهم الجزية فنقاتلهم الى ان يسلموا قال الله تعالى
تقاتلونهم او يسلمون ونبين لهم قدرها اي قدر الجزية ومتى تجب على ما يعرف في بابها
ان شاء الله تعالى كيلا يفضي الى النزاع حين الطلب وهو يفضي الى نقض العهد
فيرجعون عن الغاية فان قبلوا الجزية فلهم ما لنا وعليهم ما علينا لقول علي كرم الله وجهه
انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا ثم اعلم ان هذا الحكم
ليس على عمومه حتى يدل على انه يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا لان الكفار لا يخاطبون
بالعبادات عندنا واما عندهم فيعقل انهم مخاطبون فالذمي وغيره في ذلك سواء وعند
قبول الجزية لا نامرهم بالعبادات كما نامر المسلمين بل المراد انه يجب لهم علينا ويجب لنا
عليهم اذا تعرضنا لدمائهم واموالهم او تعرضوا لدمائنا واموالنا ما يجب لبعضنا
على بعض عند التعرض وذلك لان قبل قبول الجزية كنا نتعرض لدمائهم
واموالهم وكانوا يتعرضون لدمائنا واموالنا فقبول الجزية ليس الا لزوال
هذا التعرض. يريد ذلك ما روينا آنفا من قول علي كرم الله وجهه

الاجرة ح

ثم قاتل

آنفا عن... ح

رض ح

وحرم قتال

وحرم قتال من لم تبلغه الدعوة قبل ان يدعى لما روي انه صلى الله عليه وسلم بعث عليا كرم الله وجهه
في سرية فقال لا تقاتلهم حتى تدعوهم ولا يغرم ما اتلف من الدماء والاموال لعدم العصمة
المتقومة لانها تكون بالاحراز بدارنا وقال الشافعي يضمن لحرمة القتل قلنا العصمة عنده
بالدين ولم يوجد ومجرد حرمة القتل لا يكفي لوجوب الضمان كما في قتل النساء والصبيان
وندب دعوة من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
اغار على بني المصطلق وهم غافلون. وروى صاحب السنن باسناده الى اسامة رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه اي اوصى الى اسامة فقال اغز على ابنى صباحا
ثم احرق والغارة لا تكون بدعوة وابنى على وزن حبلى موضع بالشام وهو فلسطين وفيه قوم
قتلوا ابا اسامة ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يحصنون فلا يقدر عليهم فان ابوا عن قبول الجزية
نستعين بالله ونقاتلهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان عن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم
الى اعطاء الجزية فان فعلوا ذلك فاقبل منهم وكف عنهم وان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم
ولانه تعالى الناصر لنا والمدمر على اعدائنا فنستعين به في امورنا بنصب المجانيق
كما نصب النبي عليه السلام على الطائف والمجانيق جمع المنجنيق واصله بالفارسية
من جه نيك واختلف في وزنه قال الجوهري ان اعتد بجنقونا اي رمونا بالمنجنيق
فوزنه منفعيل لان اصولها باعتبار هذا الفعل الجيم والنون الثانية والقاف وان
لم يعتد بجنقونا لقلة استعمال الفصحاء ويقول الفراء انه مولد من لفظ المنجنيق
لانه موضوع في لغة العرب فان اعتد بمجيء جمعه على مجانيق بحذف النون الاولى فوزنه
فعليل لان حذف النون يدل على زيادتها واذا كانت زائدة لا يجوز ان يكون الميم ايضا
زائدة لانه لا يجتمع في اول الاسم الغير الجاري على الفعل زيادتان وان لم يعتد بمجانيق
فان اعتد بسلسبيل وهو فعلليل فوزنه ايضا فعلليل لان الغرض انه لا يعتد
بجنقونا ومجانيق فلا يكون فيه دليل على زيادة الميم والنون والاصل عدم الزيادة في
التقدير ان فعلليل في كلامهم كثير كسلسبيل فلا يلزم محذور كعدم النظير حتى نحكم
بانه فعلليل وان لم يعتد بسلسبيل ايضا فوزنه فعلنيل لان الغرض انه لا يعتد بسلسبيل
فلا يكون وزنه فعلليلا ولا دليل على زيادة الميم والنون الاولى والزيادة بالاخير ومأخذ
اقرب منه اولى فيكون وزنه فعلنيلا ومجانيق يحتمل الوجوه الثلاثة لانه ان اعتد بجنقنا
فوزنه مفاعيل والا فان اعتد بسلسبيل فوزنه فعاليل والا فوزنه فعانيل كذا
في الشافية وشروحها والتحريق لانه عليه السلام احرق البويرة وهي على وزن مصغر
الدار موضع كان به نخل بني النضير فاحرق نخلهم وقطع فنزل ما قطعتم من لينة الآية
والتغريق وقطع الاشجار وافساد الزروع لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم
وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا والكبت بتقديم الباء الموحدة على التاء
من فوق الذل والهوان ورميهم بالسهام وان تترسوا باسارى المسلمين ونقصدهم
اي نقصد الكفار به اي بالرمي لان في الرمي دفع الضرر بالذات عن بيضة الاسلام
وقتل اسارى المسلمين ضرر خاص ولانه قل ما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد
باب الجهاد فرميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر ونقصد الكفار بالرمي لانه ان تعذر التمييز
فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وفيه رد لما قال الحسن بن زياد انه اذا
علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنيع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام
وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان
مراعاة جانب المسلم اولى ولنا ما ذكرنا ان اختيار الضرر الخاص لدفع الضرر العام قال مولانا
الفاضل سعدي افندي اقول هنا تفصيل في مقابلة النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق
وكيف يصح فان قيل قد خص الخصوص فيخص منها قاطع الطريق والباقي قلنا لم بل منسوخة
في حقها وايضا انما يصح ذلك اذا علم انا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين والعجم من الخصوص

انتهى

بحث وزن المجانيق

عن ثوبان بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم
نصب المنجنيق على اهل الطائف
رواه الترمذي مرسلا. مشكاة المصابيح

المنجنيق معروف وتفتح الميم وتكسر وهي
والنون زائدتان في قول كقولهم جنق
يجنق اذا رمى وقيل الميم اصلية تجمع
على مجانيق وقيل اعجمي معرب والله اعلم
صحاح

ومنه قوله تعالى في سورة المجادلة كبتوا كما كبت الآية
مجمع

بحث السرية

يقول الفقير في جواب السؤال وادعاء النسخ في حقهما بحث لان قتل قاطع الطريق والباغي
حق والنصوص المذكورة في السؤال النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق كما صرح به فكيف
يجاب بانها منسوخة في حقهما تدبر وما اصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد
فرض والغرامات لا تقرن بالفروض كذا في الهداية قال مولانا الفاضل سعدي افندي
آية القصاص توجب القود اذا اصابوا منهم عمدا وقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة
مؤمنة ودية مسلمة الى اهله يوجب الكفارة والدية اذا كانت الاصابة خطأ والتقييد في
مقابلتهما ينبغي ان لا يقبل في الجهاد ونهي ويكره اخراج النساء والمصاحف في سرية
لا يؤمن عليها اي على السرية لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على
الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو رواه ابن عمر رضي الله عنهما لكن هنا محمول على ما اذا
كانت في سرية لا يؤمن عليها وقال ابو الحسن النهي كان في ابتداء الاسلام عند قلة
المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس واما الآن فقد كثرت فلا باس باخراجها
وكذا روي عن الطحاوي لكن حمل على ما ذكرناه هو الصحيح ثم ان السرية من خمسة انفس
الى ثلثمائة او اربعمائة كذا في القاموس قال صاحب المغرب ولم يروا في تحديدها
نص وتحصول ما ذكر محمد في السير ان التسعة فما فوقها سرية والثلاثة والاربعة
ونحو ذلك طليعة لا سرية وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث انيسا وحده
سرية يخالف ذلك انتهى وقال صاحب العناية السرية عدد قليل يسيرون بالليل
ويكمنون بالنهار وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة وقال محمد في السير الكبير افضل ما
بعث في السرية ادناه ثلاثة ولو بعث بادونه جاز وقال الحسن بن زياد اقل السرية
اربعمائة واقل الجيش اربعة آلاف انتهى لا في عسكر يؤمن عليه اي على
العسكر يعني اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لا يكره اخراج النساء والمصاحف فيه
لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ولا يكره دخول مستأمن
اليهم بمصحف ان كانوا يفون بالعهد يعني لو دخل مسلم اليهم بامان فلا باس بان
يحمل معه المصحف ان كانوا يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض ونهى عن الغدر
وهو الخيانة ونقض العهد والغلول وهو السرقة من المغنم والمثلة وهي ان
يجدع انفه او يقطع عضوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا
والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر روي عن عمران بن الحصين رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان
يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكد
الحرمة ونهى عن قتل امرأة او غير مكلف يعني صبيا او مجنونا او شيخ فان
او اعمى او مقعد او اقطع اليمنى لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقتلوا شيخا فانيا
ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولان المبيح للقتل هو الحراب وهو لا يتحقق منهم
ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج والمقطوع يده ورجله من خلاف
والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر
والحجة عليه ما روينا وما ذكرنا الا ان يكون احدهم قادرا على القتال او ذا رأي
في الحرب او ذا مال يحث به او يبذل المال على القتال او ملكا لتعدي ضرره
الى العباد وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن
مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأي
ونهى لابن عن قتل اب كافر لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزل
في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يقتلهما وقد روي
ان حنظلة بن ابي عامر رض استأذن النبي صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه الكافر فلم يأذن له

ايضا

وان عبد الله بن ابي بن سلول كان رئيس المنافقين وكان ابنه مخلصا يقال له عبد الله
فاستأذن النبي صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه فلم يأذن له بل يأبى الابن عنه ليقتله غيره
لان المقصود يحصل بغيره فلا حاجة الى هتك حرمة الابوة الا ان قصد الاب قتله
ولا يمكن للابن دفعه الا بالقتل فلا باس به حينئذ لان مقصوده الدفع عن نفسه الا يرى
انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله فهذا اولى كذا في الهداية
والكافي وما سوى الوالدين من ذي الرحم فلا باس بقتله هنا في الكافر واما في الخوارج
واهل البغي فكل ذي رحم محرم كالاب واما في الرجم في الزنا فان البداية بالشهود
شرط فلو كان الشاهد الولد فلا باس بان يرميه ولا يقصد القتل كذا في العناية
ويجوز صلحهم ان كان الصلح مصلحة لنا لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها
ووادع رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب
بينه وبينهم عشر سنين وكان في ذلك نظر للمسلمين لما ان مواطاة كانت بين اهل
مكة وبين اهل خيبر ولان المصالحة جهاد معنى ان كانت خيرا للمسلمين ان كان لهم
ضعف وبالكفار شوكة لانهم يستعدون اسباب القتال ثم يقاتلون فصارت لها
حكم القتال بخلاف ما اذا لم يكن المصالحة خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى قال
صاحب العناية واعترض بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ليس بمقيد بالمصلحة
فكان الاستدلال به مخالفا للمدعى اجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصالحة
مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى وهي قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون
وبدليل الآيات الموجبة للقتال ولا يلزم التناقض لما ان موجب الامر بالقتال
مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما بما ذكرنا وهاهنا ابحاث
ذكرها مولانا الفاضل سعدي افندي في تعليقاته على الهداية ان شئت فراجعها
ويجوز اخذ مال لاجله اي لاجل الصلح ان كان لنا به اي باخذ المال حاجة لانه لما جازت
المصالحة بلا اخذ المال فمعه اولى ولكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة وان لم يكن لم يجز
وهو اي ذلك المال المأخوذ كالجزية فيصرف مصارفها لانه مأخوذ بقوة المسلمين
كالجزية ولا خمس فيه ان كان قبل النزول بساحتهم بان ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية
لكونه مأخوذا بغير قتال وهو كالفيء ان الغنيمة فيخمس ويقسم ما بقي بينهم لو كان بعده
اي بعد النزول بساحتهم لانه يكون مأخوذا بالقهر معنى ويدفع المال منا اليهم صلحا لا يجوز
لان فيه الحاق الذلة بالمسلمين وفي الحديث ليس للمؤمن ان يذل نفسه الا لخوف
الهلاك لان دفعه باي طريق امكن واجب وقد روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق
وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصين والحارث بن عوف وهما قائدا
غطفان وطلب منهما ان يرجعا بمن معهما على ان يعطيهما كل سنة ثلث ثمار المدينة فابيا
الا النصف فلما حضر رسلهما ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام
سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما فقالا يا رسول الله
ان كان هذا عن وحي فامض لما امرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية
لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون من ثمار المدينة الا بشراء او قرى فاذا
اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم ثمار المدينة والله لا نعطيهم الا السيف
فقال عليه السلام ما صنعت ذلك الا اني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحد
وكالبوكم من كل جانب فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم
ذلك فانتم وذاك فقال السعدان للرسل اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف
فكان ما كان فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء
لما احس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال له السعدان امتنع عن ذلك

اي من نصرة المسلمين وانهزام المشركين بعون الله الملك الكبير

ويصالح المرتدين بدون اخذ مال منهم حتى ينظروا في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعاً في اسلامهم لكن لا يجوز اخذ المال منهم لان اخذه تقرير لهم على الردة وتقريرهم عليها لا يجوز كذا في الكافي قال مولانا سعدي افندي وفيه بحث فان المصالحة معهم يكون الى زمان معين فلو اخذ منهم مال لاجل ذلك الزمان كيف يكون تقريراً لهم وان اخذ مال منهم لا يرد لانه مال غير معصوم وفي الرد عليهم معونة لهم على القتال ووقع في بعض النسخ واهل الذمة ان نقضوا العهد كالحربي يعني يصالح اهل الذمة ان نقضوا العهد لانهم ان نقضوه صاروا كغيرهم من اهل الحرب فيجوز اخذ مال منهم لانه يجوز تركهم بالجزية فيجوز اخذ المال منهم مصالحة بخلاف المرتدين وعبدة الاوثان من العرب كالمرتدين في المصالحة لانه لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وكذلك اهل البغي لكن ان اخذ منهم مال يرد اليهم اذا وضعت الحرب اوزارها لانهم مسلمون ويكره لامير الجيش او قائد من قواد المسلمين ان يقبل هدية اهل الحرب فيختص بها بل يجعلها فيئاً للمسلمين لانه انما اهدى له بقوة المسلمين لا بنفسه كذا في الاختيار ثم ان ترجح النبذ يعني لو صالحهم الامام ثم راى النبذ اي نقض العهد انفع ينبذ اي ينقض مرسلا خبر النقض اليهم لما روي انه عليه السلام نقض الموادعة التي بينه وبين اهل مكة لكن لا بد من اعلامهم واعتبار مدة يبلغ خبر النبذ اليهم فيتمكنوا من جمع عسكرهم لئلا يكون غدراً بهم قال صاحب المغرب نبذ الشيء من يده طرحه ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له يقول الفقير فعلى هذا يكون قوله ينبذ بمعنى يرسل خبر النقض مجازاً غايته ان يكون من باب التضمين ويكون معناه مرسلا اليهم خبر النقض او يرسل خبر النقض ناقضا اليهم على ما هو القاعدة في التضمين وقد اشرنا الى الاول لنوافق التفسير ومن بدا منهم بخيانة قوتل فقط ولا يتعرض لمن لم يظهر منه خيانة وان كان باتفاقهم او باذن ملكهم قوتل الجميع بلا نبذ يعني بلا ارسال خبر النقض اليهم قال صاحب الهداية وصاحب الكافي وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم دارنا فقطعوا الطريق حيث لا يكون ذلك نقضاً منهم للعهد ولو كان باتفاقهم او باذن ملكهم يكون نقضاً للعهد ولا يباع منهم سلاح ولا خيل ولا حديد ولو بعد الصلح لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح والخيل من اهل الحرب ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع ولو بعد المصالحة لان مصالحتهم على شرف النقض او الانقضاء فكان حرباً وهذا هو القياس في الطعام والشراب الا انا جوزناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليهم والثوب كالطعام كذا في الكافي وان كان الحربي جاء بسيف فاشترى مكانه قوساً او رمحاً او فرساً لم يترك ان يخرجها مكانه سيفه وكذلك ان استبدل بسيفه سيفاً خيراً منه وان كان مثله او دونه لم يمنع كذا في البيانية ه

ولا يجهز اليهم اي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع كذا في العناية قال صاحب العناية والمراد به هنا السلاح والخيل والحديد فيكون معنى الكلام ولا يباع منهم سلاح ولا خيل ولا حديد ولا يحملها التجار ايضاً اليهم وصح امان حر او حرة كافراً او جماعة او اهل حصن او مدينة فلم يقتلهم باي امان حر او حرة يقول الفقير الظاهر انهم بالغا التي بعينه بقية ويلاحظ فيه قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد كذا في الهداية قال صاحب العناية وانما قيد ههنا بالحر احترازاً عن تفسير محمد رحمه الله حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين انتهى

وانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره وان سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل وكون المرأة من اهل القتال مع وكذا الحرة لانها من اهل القتال بالمال او بالنفس اذا كان النفير عاماً فيخافونها فيتحقق منها الامان الذي هو ازالة الخوف فان كان فيه ضرر نبذ اليهم اي ارسل خبر النقض اليهم وادب اي ادب الامام ذلك الواحد لسبقه على راي الامام ولغا امان ذمي واسير او تاجر عندهم اي عند الكفار اما امان الذمي فلانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين واما الاسير والتاجر فلانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيراً او تاجراً فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح وكذا امان من اسلم ولم يهاجر الينا لانه مقهور تحت ايديهم ايضاً فيكره على الامان من جهتهم فيخلو الامان عن المصلحة او مجنون لانه لا يعقل فلا يصح امانه او صبي او عبد غير ماذونين في القتال قالوا الصبي اذا لم يعقل بطل امانه كالمجنون بالاتفاق وان عقل فان كان محجوراً عن القتال لم يصح امانه عند ابي حنيفة وان كان ماذوناً فالاصح انه يصح امانه بلا نفاق واما العبد فان كان محجوراً عن القتال لم يصح امانه ايضاً عند ابي حنيفة وان كان ماذوناً صح امانه بالاتفاق وعند محمد يجوز امانهما اي امان الصبي العاقل المحجور عن القتال والعبد المحجور عنه لقوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري وقوله عليه السلام امان العبد والصبي سواء ولابي حنيفة ان كل واحد منهما محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلا يلاقي الامان محله بخلاف الماذون في القتال لان الخوف منه متحقق وابو يوسف مع ابي حنيفة مع محمد في رواية الكرخي واعتمد عليها القدوري ومع ابي حنيفة في رواية الطحاوي وهو الظاهر عنه واعتمد عليها صاحب الاسرار

باب الغنائم وقسمتها

والغنائم جمع الغنيمة وهي اسم لما اخذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة وحكمها ان تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة ما اي بلدة فتح الامام عنوة اي قهراً هكذا فسره صاحب الهداية وقال صاحب العناية هذا ليس بتفسير لغوي لان عنوة من عنا يعنو بمعنى ذل وخضع وهو لازم والقهر متعد بل يكون هو تفسيراً بالملازم لان من الذل ما يلزم القهر لزم من الفتح بالذلة القهر انتهى فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين والضمير البارز في قسمه راجع الى البلدة وتذكير الضمير بناء على لفظ الموصول كما فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر حين فتحه عنوة او اقر اهله عليه ووضع الجزية عليهم اي على اهل البلدة ووضع الخراج على اراضيهم هكذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة وقيل قد خالفه في ذلك جماعة من الصحابة كبلال واصحابه اجيب بانه لم يحمد من خالفه حتى دعا عليهم عمر رضي على المنبر فقال اللهم اكفني بلالاً واصحابه فما حال عليهم الحول الا ماتوا جميعاً فكان في كل واحد من القسمة بين المسلمين واقرار اهله عليه قدوة فيتخير الامام ولقائل ان يقول لا نسلم ان احكام الصحابة بل اكثرهم يصيرون على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا لم يصير حجة الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي صلى الله عليه وسلم انما لم يعلم انه صلى الله عليه وسلم على اي وجه فعله يحمل على ادنى منازل افعاله وهو الاباحة فلا يستحق العمل الا عماله فاذا ظهر دليل للصحابي جاز ان يعمل بخلافه والظاهر ان عمر رضي الله عنه ما تلقيناه نقضه بل ظهر له دليل والثاني ان عمر رضي الله عنه علم تقديره عليه السلام فعل في الموجب فعل الفعل مستنبطاً من قوله تعالى فالذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى وما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتاً باشارة النص وهو بعينه القطع فيكون الواجب احدهما ففعل النبي صلى الله عليه وسلم احدهما وعمر رضي الله عنه فعل الآخر

وقيل في التوفيق بينهما ان الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم
فانه كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر رضي الله عنه كذا في العناية
قال صاحب الهداية هذا الخيار في العقار واما المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم
لانه لم يرد به الشرع انتهى وانما قيدنا المنقول بالمجرد لانه لا يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية
بالعقار لا نزاع ان صاحب الهداية قال بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع
اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال صاحب العناية
ومعناه ما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم واراضيهم وقسم النساء والذراري
والاموال الحاضرة يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما
يمكن به التعيش الا ان يدفع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي انتهى وقتل الاسارى
لانه عليه السلام قتل روي انه عليه السلام قتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن الحارث
بعدما حصلا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم ولان فيه حسم مادة الفساد
او استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام او تركهم احرارا
ذمة للمسلمين اي ذوي ذمة لما بينا من فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق
واسلامهم لا يمنع استرقاقهم بالحكم الاسلام قبل الاخذ لانعقاد سبب
الملك قبل الاسلام وان اسلموا قبل الاخذ لا يجوز استرقاقهم لانه لم ينعقد سبب
الملك قبل الاخذ ولا يجوز ان يردهم الى دارهم لان فيه تقوية للكفرة على المسلمين بعودهم
حربا علينا ولا يجوز المن عليهم يعني لا يجوز الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير
استرقاق ولا ذمة ولا فداء خلافا للشافعي فانه يقول قد من رسول الله
صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر يثبت حق الاسترقاق فيهم للغانمين فلا يجوز
اسقاطه بغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة وما رواه من المن
فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء لان سورة البراءة آخر
ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم ولقائل ان يقول قد اجمعوا على انه مخصوص
خص منه الذمي والمستأمن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهما والجواب
ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا
على المستأمن لعدم استحقاق رقبته ولا يجوز الفداء بالمال لان فيه تقوية
بالكفرة على المسلمين ايضا وقيل لا بأس به اي بالفداء باخذ المال عند الحاجة اليه
اي الى اخذ المال وهو قول محمد في السير الكبير استدلالا باسارى بدر ولنا قوله
لولا كتاب من الله سبق الآية روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما فادى الاسارى
باخذ المال يوم بدر عاتبه الله تعالى عليه بقوله ولولا كتاب من الله سبق لمسكم
فيما اخذتم عذاب عظيم فجلس صلى الله عليه وسلم وابو بكر رضي الله عنه يبكيان لان مفاداة
النبي عليه السلام باشارة ابي بكر مع انه خالفهما عمر رضي الله عنه فقال النبي صلى
الله عليه وسلم لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه الا عمر ويجوز الفداء بالاسارى
اي باسارى المسلمين عندهما وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر
والانتفاع به ولا يجوز عند ابي حنيفة لان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه
خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه
غير مضاف الينا قال صاحب العناية وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن
ابي حنيفة وتذبح مواش جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم شق نقلها وتحرق ولا تعقر
وقال الشافعي يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لاكله ولنا ان ذبح الحيوان يجوز
لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم تحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار

وصار

وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه نهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة
ويترك النساء والصبيان الذين يشق نقلها في ارض خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا
حربا علينا لان النساء يقع منهن التناسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا ولهذا
قالوا اذا وجد المسلمون في دار الحرب حيات وعقارب ينزعون حمة العقارب وانياب
الحيات دفعا للضرر عنهم ولا يقتلونها لئلا ينقطع نسلهم وفيه منفعة للكفار وقيل ان
بقتلها كذا في الاختيار ويحرق سلاح يشق نقله لئلا يصل اليه ايديهم فيتقووا به
وما لا يحترق منه يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم
الامام غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي يقسم قال صاحب
الهداية واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت
ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية بتوفيق الله تعالى وقال
شراحه منها جواز القسمة بدار الحرب عنده وعدم جوازها عندنا ومنها لو مات واحد
من الغزاة قبل الاحراز بدارنا لا يورث نصيبه عندنا خلافا له ومنها ان الامام اذا
باع شيئا من المغنم او باع واحد من الغزاة قبل الاحراز لا يصح عندنا خلافا له
ومنها انه لو استولد واحد جارية من المغنم قبل الاحراز فولدت ولدا فادعاه يثبت
نسبه وتصير الجارية ام ولد له عنده وعندنا لا يثبت ويجب العقر ولكن لا يجب الحد
لوجود سبب الملك ويقسم الجارية والولد والعقر بين الغانمين ومنها لو اتلف واحد
شيئا من المغنم قبل الاحراز لا يضمن عندنا خلافا له وجه قول الشافعي انه روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر واوطاس وبني المصطلق في دارهم
وان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيد ولا معنى للاستيلاء
سوى اثبات اليد وقد تحقق لان الغانمين اثبتوا ايديهم اذ الكلام فيما اخذوا اموالهم
وقتلوهم وهزموهم واستقر الامر عليه ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار
الحرب ومعنى حرم البيع حرمت القسمة لان فيها معنى البيع لاشتمالها على الافراز والمبادلة
لا محالة وان الاستيلاء لم يوجد فلا يثبت الملك وهذا لانه اثبات اليد الحافظة
والناقلة وقد عدمت الناقلة لقدرتهم على استنقاذها واستردادها والظاهر
وجود قدرتهم اذ الدار دار الحرب لانه انما يضاف الدار اليهم او الينا باعتبار
القوة ولما بقيت هذه البقعة منسوبة اليهم دل على ان القوة فيها لهم والقدرة
على الاسترداد تمنع ثبوت ايدي المسلمين بخلاف ما اذا فتحت البلدة لانها تصير دار
الاسلام بفتحها واجراء احكام الاسلام فيها فكان فتح البلدة كالاحراز بدارنا
وقسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم مغانم خيبر واوطاس وبني المصطلق في ديارهم
من هذا القبيل وفي الهداية وشروحها وفي الكافي هنا اختلافات واسئلة واجوبة
ان شئت فراجعها الا للايداع ثم يردها يعني لا يجوز قسمة الامام الغنائم في دار
الحرب لاجل شيء الا للايداع يعني اذا لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم جاز
ان يقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام فاذا احرزت
بدار الاسلام يرد كل منهم ما في يده اليه ثم يقسمها قال صاحب الهداية وقال
هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاء الغانمين وهو رواية السير الكبير
والاصل ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول
مالهم ومن النظر حمل حقهم على حقهم وكذا لو كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال
المسلمين اعد لحاجتهم ولو كان للغانمين او لبعضهم فان طابت نفس سهم بان
يحمل ذلك عليها حمل عليها وان لم يطب نفسهم بذلك لا يكرههم على ذلك في رواية
السير الصغير وفي رواية السير الكبير يكرههم على ذلك لانه دفع
الضرر العام بتحمل ضرر خاص ولا تباع قبل القسمة لما ذكرنا خلافا للشافعي

[illegible]

والمقاتل والرد بكسر الراء المهملة وسكون الدال المهملة العون سواء في الغنيمة لاستوائهم
في السبب وهو مجاوزة الدرب عندنا او شهود الوقعة عنده وكذلك اذا لم يقاتل لمرض
او عذر لما ذكرنا ان المشاركة في السبب وكذا مدد لحقهم قبل احرازها اي احراز الغنيمة بدارنا
يعني يشاركه المدد بهم في الغنيمة لانه بذلك كتب عمر رضي الله عنه الى سعد بن ابي وقاص
رضي الله عنه خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهذا بناء على ما قررنا من الاصل الممهد
من ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز
فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز شاركوهم في الغنيمة لتأكد الحق به كما لو الحقوا بهم
في حالة القتال وانما ينقطع المشاركة بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او
ببيعه الغنائم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد كذا في الهداية
يقول الفقير فيه بحث ظاهر لانه قد ذكروا ان الامام لا يقسمها في دار الحرب ولا يبيعها
قبل القسمة فكيف يقال انما ينقطع المشاركة او بقسمة الامام في دار الحرب او
ببيعه الغنائم فيها فهل هذا الا تناقض ويمكن الجواب عنه بما ذكر صاحب العناية
في شرح قول صاحب الهداية ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب ومع هذا
اذا باع الامام صح لانه مجتهد فيه فعلم بهذا ان المراد بقوله لا يجوز بيع الغنائم الكراهة
ولا ينفي ترتب الاحكام فيكون مراده ينقطع مشاركة المدد بالاحراز او بقسمة الغنائم
في دار الحرب او بيعها وان كانت القسمة في دار الحرب وبيعها فيها مكروهين تنزيها
ولو فتح العسكر بلدا من بلاد دار الحرب واستظهروا عليه ثم لحقهم مدد لم يشاركوهم
لانه صار من بلاد الاسلام فصارت الغنيمة محرزة بدار الاسلام فلا يشاركونهم فيها
وقال صاحب الرمز والفرق بين الردء والمدد ان الاول فعل بمعنى مفعول من ردأه بمعنى
اعانه فهو اسم ما يعان به وان لم يقاتل والثاني فعل بمعنى فاعل اي المدد العاون
الذي اعاننا وصار مقاتلا كالذي قاتل فالاول محمول على من كان معينا عند المجاوزة
والثاني على من يلحق بنا في دار الحرب انتهى وقال مولانا الفاضل اخي چلبي الفرق
بينه وبين المدد بعد اشتراكهما في عدم القتال ان الردء لا يتاخر دخوله في حد العدو
عن الغزاة لكن يعين في دارهم ويترقب في مشاهد التقاء الصفين فاذا مست الحاجة
اليه يقاتل وانفصاله عنهم في بعض الاوقات لا يخرج من حكم معيتهم عندهم واما المدد
فلا ريبة في تاخر دخوله عنهم ولكن يجوز ان يلحقهم قبل انقضاء الحرب وبعده انتهى
يقول الفقير الظاهر مما ذكر صاحب الرمز وما ذكر مولانا اخي چلبي واحد لا فرق
بينهما الا في العبارة تدبر ولا حق فيها اي في الغنيمة لسوقي لم يقاتل لان قصده
التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو الا ان يقاتل فله السهم وقال الشافعي
يسهم له في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد
بتكثير السواد قلنا هذا الحديث موقوف على عمر رضي الله عنه ومثله ليس بحجة عنده
لانه لا يرى تقليد الصحابي فكيف يحتج بما ليس بحجة عنده على انه عند بعض اصحابنا
ايضا وهو الشيخ ابو الحسن الكرخي لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس كذا في البناية
او يأول بان يراد بها ان يشهدها على قصد القتال ولا حق فيها لمن مات في دار الحرب
قبل الاحراز بدارنا وبعد الاحراز يورث نصيبه لما ذكرنا ان الارث يجري في الملك
ولا ملك قبل الاحراز انما الملك بعده وقال الشافعي من مات بعد استقرار الهزيمة يورث
نصيبه لقيام الملك فيه على ما بينا وينتفع منها اي من الغنيمة بلا قسمة بالسلاح
اي السلاح الذي في الغنيمة والركوب واللبس ان احتيج فيه للثلاثة جميعا يعني ان احتاج
الى السلاح بان لم يجد سلاحا اخر او احتاج الى دابة الغنيمة او ثوبها بان لم يجد دابة اخرى
او ثوبا اخر يجوز استعمال سلاحها وركوب دابتها ولبس ثوبها حتى لو قاتل بسلاح الغنيمة
لصيانة سلاحه او ركبها لصيانة دابته او لبسها لصيانة ثوبه لا يجوز

وينتفع بالعلف والحطب والدهن والطيب مطلقا اي سواء وجد الاحتياج او لا
قال صاحب الهداية والقدوري في مختصره ارسل ولم يقيدها بالحاجة وقد شرطها محمد
في رواية السير الصغير ولم يشترطها في رواية السير الكبير وعن هذا قال وقيل ان احتيج ينتفع بالاشياء
المذكورة وان لم يحتج لم ينتفع وجه الرواية الاولى قوله عليه السلام في اطعمة خيبر كلوها
واعلفوها ولا تحملوها وان الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي
يتعذر عليه حمل الطعام وعلف الدواب الى دار الحرب مدة الذهاب والمكث والاياب
والميرة منقطعة فلو لم يجز التناول لضاق الامر على الغزاة بخلاف السلاح والدواب
لانه يستصحبها فلم يوجد دليل الحاجة وربما يمس اليها الحاجة بان ينكسر سيفه او
يموت دابته مثلا فاعتبرنا حقيقة الحاجة فيها ووجه الرواية الثانية انها شركة بين الجماعة
فلم يبح الانتفاع بها للبعض بلا حاجة كما في الثياب والدواب لا ينتفع بالبيع اصلا
لانعدام الملك قبل الاحراز ولا التمول اي اتخاذ الغنيمة مالا وقنية لنفسه قال صاحب
العناية في شرح قول صاحب الهداية ولا يجوز ان يبيعوا شيئا من ذلك ولا يتمولوه
اي لا يجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه اي لا يبيعونه بالعروض ولا بعد الخروج
اي ولا ينتفع بها بعد الخروج من دار الحرب قبل القسمة لعدم الحاجة اذ الضرورة قد ارتفعت
بل يرد ما فضل مما كان ينتفع به من العلف والطعام ونحوها الى الغنيمة بعد الخروج الى
دار الاسلام لزوال الحاجة ودليل الحاجة وكلمة بل هنا للترقي اي لا ينتفع بها
بعد الخروج بل عليه ان يرد ما فضل الى الغنيمة فيدل على انه لا يجوز الانتفاع بها بعد
الخروج الى دار الاسلام قطعا وجزما وان انتفع به اي بما فضل بعد الخروج رد
قيمته الى الغنيمة وهذا ادل دليل على انه لا يجوز الانتفاع بها بعد الخروج اصلا
وان باعه يرد ثمنه اليها ايضا لانه بدل عين كانت للجماعة وان قسمت الغنيمة قبل
الرد اي قبل رد ما فضل تصدق به لو كان غنيا على تقدير ان يكون قائما وتصدق
بقيمته لو كان هالكا ولو كان فقيرا ينتفع به ولا شيء عليه ان هلكه ومن اسلم منهم
اي من الكفرة قبل اخذه اي اخذ الغزاة اياه احرز نفسه لان الاسلام ينافي
ابتداء الاسترقاق لانه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه فانه لما استنكف
عن عبودية ربه جازاه الله بان صيره عبد عبده ولما كان مسلما وقت الاستيلاء
لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط وطفله اي ولده
اي احرز طفله لانه مسلم باسلامه ايضا وكل مال هو معه اي مع نفسه لقوله صلى الله عليه
وسلم من اسلم على مال فهو له اي مع ماله ولانه سبقت يده الحقيقية
يد الظاهرين عليه او وديعة عند مسلم او ذمي لانها في يده حكما اذ يد المودع
كيد المودع لانه عامل له في الحفظ وعقاره اي عقار من اسلم منهم قبل اخذه فيء
اتفاقا فان عند الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار
في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل
فيه اي في العقار خلاف محمد وابي يوسف في قوله الاول يعني قال بعضهم هذا
قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخر وفي قول محمد وقول ابي يوسف الاول العقار كغيره
بناء على ان ابي حنيفة لا تثبت على العقار عنده وعند محمد وهو قول ابي يوسف اولا تثبت
وولده الكبير وزوجته وحملها وعبده المقاتل وماله مع حربي بغصب او وديعة
اما ولده الكبير فلانه كافر حربي ولا تبعية له اما زوجته فلانها كافرة حربية لا تبعية في الاسلام
وكذا حملها خلافا للشافعي هو يقول ان حملها مسلم تبعا لابيه كالولد المنفصل والسلام
ولنا انه جزؤها فيرق برقها الا يرى انه لا يستثنى الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى
سائر اجزائها فكان الحمل لا يصير هنا اعتاق الام يستثنى مجال فكذا في الاسترقاق لا يصير
الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الام بخلاف الولد المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عنى الله

العروض جمع العرض بالفتح وهو كل شيء سوى الدرهم والدينار فانهما عين كذا في الصحاح لمحرره

كما قال بعض الاحرار
من لم يعبد الله بالاختيار
يعبد الخلق بالاضطرار
جعلني الله من الاخيار
دون فاصحبة الاشرار
في هذه الدار
بحرمة الابرار
لمحرره

او ولده

وقوله مسلم تبعا قلنا انه مسلم لكن مسلم محل للملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير
يكون الولد رقيقا تبعا للام وان كان مسلما باسلامه واما عبده فلانه تبع لمولاه لما تزوج
على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دار واهل الدار فيء ولهذا قال فليس بفيء
لانه تبع له واما ماله مع حربي بغصب او وديعة فلان يد الحربي ليست بمحترمة
واعترض عليه بان ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب
مع الماء في التيمم ولما كان الحربي هنا مقام المودع المسلم كان الواجب ان يكون يده
كيد المسلم محترما نظرا الى المسلم لا غير محترم نظرا الى الحربي واجيب بان العمل
بوصف الاصل انما يكون اذا لم يوجد معارض وهنا وجد المعارض وهو الاباحة
الاصلية وكذا ماله مع مسلم او ذمي بغصب عند ابي حنيفة خلافا لهما
لان نفسه لما عصمت بالاسلام يعصم ماله تبعا لها وله ان النفس خلقت معصومة
في الاصل لكونها بنيان الرب وانما حل تعرضها لكفرها وحربها فاذا زال المانع بالاسلام
عملنا بالاصل واما المال فمخلوق للملك والابتذال وانما حرم تعرضه اذا كان
في يد مالك او يد مودعه وهنا لم يوجد فيهما استيلا فهو على مال مباح
فصار فيئا وقيل ابو يوسف في هذه مع الامام قال صاحب العناية اختلف
نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد الاسلام
او في يد ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقالا لا يكون فيئا قال رض كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير
وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد وهذا ليس بصحيح لانه
ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر
وبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة
وقال محمد لا يكون فيئا قال رض كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر
في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وهو ايضا ليس بصحيح لان المذكور
في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية
السير الكبير وشرح الجامع الصغير انتهى ما في العناية يقول الفقير
فيكون حاصل الاختلاف ان هذا يكون فيئا عند ابي حنيفة خلافا لهما في رواية
وفي رواية اخرى ان هذا يكون فيئا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم شرع في بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين
وسيجيء ان شاء الله تعالى في كتاب القسمة وتقسيم الغنيمة يعني يقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها
اولا لقوله تعالى فان لله خمسه ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة
والاجماع اما الكتاب فلان الله قال واعلموا انما غنمتم من شيء الاية اضاف الغنيمة الى الغانمين
وهم الغزاة ثم قال فان لله خمسه فكان بيانا من جهته ان بقية الاخماس للغزاة واما السنة
فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين واما الاجماع فلان الاربعة الاخماس
يقسم بينهم باجماع الامة ايضا ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس
سهمين والراجل سهما واحدا وعن هذا قال للراجل سهم وللفارس سهمان عند
ابي حنيفة وعندهما وهو قول الشافعي للفارس ثلثة اسهم سهم له وله سهمان
فيكون له ثلاثة اسهم لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالكفاية وكفايته على ثلاثة
امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات وكفاية الراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى
ابن عباس رضي الله عنهما انه اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه
فيرجع الى قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم للفارس سهمان وللراجل سهم

كيف

كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين
واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره اي سلم عن المعارضة فيعمل بها ولان الكر والفر
من جنس واحد فيكون كفايته مثلي كفاية الراجل فيفضل عليه بسهم فقط ولانه تعذر
اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر فللفارس سببان
النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاق الفارس على ضعف استحقاق الراجل
ولا يسهم لاكثر من فرس واحد وعند ابي يوسف يسهم لفرسين لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس رضي الله عنه
قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولم يسهم
لصاحب الافراس الا لفرس واحد يوم خيبر ولان الاستحقاق بالقتال وهو
لا يتحقق الا على فرس واحد وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة
بن الاكوع سهمين وهو راجل لما رأى منه من الاهتمام بامر القتال الا ترى انه قال في حقه
خير رجالنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا ابو قتادة والبراذين جمع برذون على وزن
الكودن وجمعه كوادن وهي خيل العجم وفي الاختري البرذون وبن بغال لد بالفارسية
اسب پالانی قال صاحب البناية وخلافها الراجب يقال برذن الرجل برذنة
اذا ثقل ومنه اشتقاق البرذون كالعتاق قال صاحب القاموس العتاق
من الخيل ككتاب نجائبها اي كرائمها لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل قال الله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين
والهجين والمقرف اطلاقا واحدا والمقرف خلاف العتيق والهجين من الناس الذي
امه امة وقيل الهجين ما يكون ابوه من الكودان وامه من العرب والمقرف ما يكون
ابوه عربيا وامه من الكوادن قال صاحب البناية وهذا ليس بصحيح الا ترى
الى ما قال صاحب المغرب الاقراف ان يكون الام عربية والفحل هجينا
وقال صاحب القاموس في باب الفاء وفصل القاف المقرف كمحسن من الفرس وغيره
ما يداني الهجنة اي امه عربية لا ابوه ولا يسهم لراحلة وهي التي يحمل عليها الحمل ولا لبغل
لانهما لا يصلحان للكر والفر فصار صاحبهما كالراجل والعبرة لكونه فارسا او راجلا
عند المجاوزة اي مجاوزة الدرب فينبغي للامام او نائبه ان يعرض الجيش عند دخوله
دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل حتى يقسم الغنائم بينهم مقدار استحقاقهم
فمن جاوز الدرب راجلا فاشترى فرسا بعد المجاوزة فله سهم راجل ومن جاوز فارسا
فنفق او هلك فرسه فله سهم فارس وجواب الشافعي على عكسه وروى ابن المبارك
عن ابي حنيفة ان له سهم الفارس في المسئلة الاولى والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة
وعنده حالة انقضاء الحرب لان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده
والمجاوزة وسيلة الى السبب فلا يعتبر كالخروج من البيت فانه لا يعتبر
في حال الخروج كونه فارسا او راجلا فكذلك في حال المجاوزة ولنا ان المجاوزة
نفسها قتال لانه اسم لفعل يقع به العدو في خوف ومجاوزة الدرب فيها شوكة
يحصل منها لهم الخوف فكانت قتالا اي قتال فاذا وجد اصل القتال فارسا لم يتغير
حكمه بتغير احواله بعد ذلك لان ذلك حالة دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق
الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد ان ينزل
في بعض المضايق خصوصا في المشجرة او في الحصن او في البحر ولان الوقوف على حالة
القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة
مقام القتال اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر
حال الشخص حال المجاوزة راجلا او فارسا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق
المكان يستحق سهم الفرسان بلا نفاق ولو باع الفرس قبل القتال

اووهبه او اجره او رهنه فسهم راجل في ظاهر الرواية لان الاقدام على هذه التصرفات
يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة في دار الحرب القتال فارسا وفي رواية الحسن
عن ابي حنيفة انه يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال
لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه
يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته وكثرة الرغبة فيه
وكذا لو كان الفرس رهينا او مهرا لا يقاتل عليه او شغل واحد من المسلمين المهر
لان مجاوزته بفرس لا يمكن عليه القتال دليل على انه لم يكن من قصده القتال فارسا فلم
سهم الراجل يقول الفقير ينبغي انه لو كان رهينا بعد المجاوزة لا يمنع هذا الدليل
فكيف يكون الحال لكن يمكن ان يقال انه يستحق سهم الفرسان لانه يكون نظير من نفق
فرسه بعد مجاوزة الدرب فانه يستحق سهم فارس فكيف لمن كان فرسه رهينا
بعد المجاوزة والمهر بضم الميم وسكون الهاء وبالراء المهملة ولد الفرس ولا يسهم لمملوك
او مكاتب لان المملوك لا يمكنه الرواح الى القتال ولم يمنع ما لكاتب بمنزلة لبقاء
الرق وتوهم العجز يمنعه المولى عن الخروج الى القتال او صبي وامرأة لانهما عاجزان عنه
وروي انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد
او ذمي لان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها وقد روي انه عليه السلام لما استعان
باليهود على اليهود لم يسهم لهم يقول الفقير وكلمة او في مثل هذه المواضع في غير محلها والمناسب
بل يرضخ لهم بالضاد والخاء المعجمتين اي يعطيهم شيئا قليلا من الغنائم بحسب ما يرى الامام
تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم ان قاتلوا او داوت المرأة الجرحى
جمع جريح لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال
لكن مع اظهار انحطاط الرتبة عن حقيقة القتال او دل الذمي على عوراتهم اي
على سقطاتهم ودل على الطريق يقول الفقير المناسب هنا او على الطريق بكلمة او
والاصل ان كل من لا يلزمه القتال في غير حالة الضرورة لا يسهم له لانه
ليس من اهله ومن يلزمه القتال في غير حالة الضرورة يسهم له لانه من اهله
ولما فرغ من مواضع الاربعة الاخماس شرع في مواضع الخمس فقال والخمس لليتامى والمساكين
وابن السبيل يعني يقسم الخمس على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل
ويدخل فقراء ذوي القربى فيهم يقول الفقير افراد ابن السبيل مع جمعية قرينيه
اقتفاء لكلام الله تعالى وافراده مع جمعية قرينيه لا يخلو عن نكتة عظيمة يعلمها تعالى
ويقدم منهم ذوو القربى الفقراء ومعنى الكلام ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى
ويقدمون على غير ذوي القربى من اليتامى ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين
ويقدمون عليهم وابناء السبيل من ذوي القربى يدخلون في ابناء السبيل ويقدمون عليهم
ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد من هذه الاصناف
جاز عندنا كما في الصدقات ولاحق فيه اي في الخمس لاغنيائهم اي لاغنياء ذوي القربى
وعند الشافعي يقسم الخمس على خمسة اسهم سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته
وبعده يصرف سهمه الى الخليفة وسهم لذوي القربى يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني عبد المطلب دون غيرهم
والباقي للفرق الثلاث لانه عليه السلام قسمه على خمسة اسهم ولا نسخ بعده ولان رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان يستحقه بحق الامامة لا للنبوة فاستحق من يخلفه في الامامة
وذووا القربى بالقرابة لان الحكم اذا علق باسم مشتق كان ماخذ الاشتقاق علة للثبوت
فيستوي غنيهم وفقيرهم ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان الخمس كان يقسم على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة اسهم ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة اسهم
لليتامى والمساكين وابن السبيل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين

ولم ينكر

ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع فيه تبيين ان قسمة النبي عليه الصلاة والسلام ما كانت بطريق الحكم
واللزوم بل بطريق الجواز وما روي عنه عليه السلام انه قال لهم ذوي القربى لم في حال الحياة
وليس لهم بعد مماتي وقوله عليه السلام يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس وعوضكم
منها بخمس الخمس من الغنيمة فقد جعل هذا السهم عوضا عن الصدقة فيستحقه من يستحق
العوض وهو الصدقة وهم الفقراء دون الاغنياء وذكر الله تعالى حيث قال
فان لله خمسه للتبرك اي لافتتاح الكلام تبركا باسمه الشريف او لتشريف هذا المال
وقال ابو العالية الخمس يقسم على ستة اسهم سهم لله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت
القسمة بقربها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي في الوقت موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة
الى الله تعالى وهذا السهم لله تعالى فيصرف الى عمارة البقاع المضافة الى الله تعالى
وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته
لان الحكم مرتب على المشتق ولا رسول بعده ولهذا لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده
هذا السهم لانفسهم وقد كان له خصوصا بشرف الرسالة لم يكن للامة كحل التسع
وحرمة نسائه على المؤمنين واباحة البضع بلا مال
وغيرها من خصائصه صلى الله عليه وسلم كالصفي اي كسقط الصفي وهو شيء نفيس
كان يصطفيه لنفسه النفيسة من الغنيمة كدرع او سيف او فرس او امة
كما روي انه صلى الله عليه وسلم اصطفى لنفسه الكريمة صفية رضي الله عنها
من غنائم خيبر وانما سقط سهم النبي صلى الله عليه وسلم بقي سهم ذوي القربى وسهم
اليتامى وسهم المساكين وسهم ابناء السبيل فسهم ذوي القربى كانوا يستحقون
في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لا بالقرابة لما روي ان النبي عليه السلام اعطى هذا
السهم لبني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلق عثمان
وجبير بن مطعم حتى اتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالا يا رسول الله هؤلاء
بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني المطلب
حيث اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه السلام انا وبنو المطلب
لا نفترق في جاهلية ولا في اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه
واشار الى نصرتهم بلا اعتبار قرب القرابة فدلت هذه القصة على ان سهم ذوي
القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لا بالقرابة فلما ارتحل
النبي صلى الله عليه وسلم زالت النصرة فكانوا يستحقونه بالفقر بعده فيدخلون
في الاصناف الثلاثة فرجعت الاصناف الى الثلاثة وهو اختيار الكرخي وهو
الاصح لما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع منعقد على سقوط حق
اغنيائهم ففقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلاث وقال الطحاوي سهم الفقير منهم
ساقط ايضا لما روينا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة ولا يظن بهم انه
خفي عليهم النص او منعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق
لاغنيائهم ولا لفقرائهم ومنع الشافعي الاجماع وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي
رضي الله عنه انه قال راي علي رضي الله عنه في الخمس راي اهل بيته ولكن كره ان يخالف
ابا بكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد قلنا لا يحل للمجتهد
ان يترك راي نفسه براي غيره احتشاما فان ثبت ما روي حمل على انه كره المخالفة
لانه راى الحق معهما وقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده كذا في العناية
وان دخل دار الحرب من لا منعة له بلا اذن الامام لا يخمس ما اخذ واحد يعني ان دخل دار الحرب واحد
او اثنان او ثلاثة مغيرين بلا اذن الامام فاخذوا شيئا لا يخمس لان الغنيمة هو المال المأخوذ
قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها وفيه خلاف الشافعي وان كان الداخل
باذنه اي باذن الامام او لهم اي للداخلين منعة وان لم ياذن الامام خمس ما اخذوا

أما المسألة الأولى ففيها روايتان والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن الإمام فقد التزم النصرة بالإمداد فصار كالمنعة وفي رواية لا يخمس لأن العدد اليسير إنما يدخلونها لاكتساب المال لا لإعزاز الدين فإن قلت قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء الآية مطلق فيجب الخمس وجد الإذن أو لم يوجد أجيب بأن الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهراً وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان أو الثلاثة خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وأما الثانية فلأنه مأخوذ قهراً وغلبة فيدخل تحت الغنيمة ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين والثلاثة لأنه لا يجب عليه نصرتهم والمنعة بفتحتين قال صاحب المغرب يقال فلان في عز ومنعة أي يمنع على من قصده من الأعداء وقد تسكن النون انتهى قال صاحب العناية نقل الناطفي من كتاب الخراج لابن شجاع كان أبو حنيفة يقول إذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر للمسلمين في أرض الكفر لا خمس فيما أخذ حتى يصير لها منعة فإذا بلغوا ذلك فهم سرية وللإمام أن ينفل والتنفيل إعطاء الغزاة شيئاً زائداً على سهمهم قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها أي آلاتها وأثقالها التي لا تقوم الحرب إلا بها كالسلاح والكراع أو المراد حتى تضع أهل الحرب أوزارهم وشركهم ومعاصيهم وهو على التقديرين كناية عن انقضاء الحرب وحاصل المعنى وقبل أن تنقضي الحرب فيقول الإمام وهو تفسير للتنفيل من قتل قتيلاً أي شخصاً باعتبار ما يؤول إليه فله سلبه وهو على وزن طلب ما على المقتول من اللباس وللفقهاء فيه كلام ينكشف عن قريب إن شاء الله تعالى وإنما ينفل الإمام تحريضاً على القتال والتحريض مندوب إليه لقوله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال أو يقول من أصاب شيئاً فله ربعه مثلاً أو يقول لسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لأنه قد يكون المصلحة في التنفيل على سرية بكذا ولا ينفل بكل المأخوذ بأن يقول للعسكر كل ما أصبتم فلكم لأن فيه إبطال حق الكل وإن فعل ذلك لسرية فقال ما أصبتم فلكم جاز لأنه ربما يكون المصلحة فيه ولا بعد الإحراز بدار الإسلام يعني ليس للإمام أن ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام لأن فيه إبطال حق الغانمين بعد تأكد حقهم بالإحراز إلا من الخمس لأنه لا حق للغانمين في الخمس قال صاحب العناية وفيه نظر فإنه إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين ففيه إبطال حق الأصناف الثلاثة وفي ذلك لا يجوز أجيب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحداً من الأصناف الثلاثة فلم يكن ثم إبطال حقهم قال صاحب الكافي ومعناه عندنا أنه أعطى ذلك من الخمس بعض المحتاجين باعتبار أنه من المساكين لأنه إذا صرف إلى المحتاج لم يبق إلى المحتاج مقاتل حتى انتهى يقول الفقير وجواب صاحب العناية راجع إليه هـ والسلب للكل إن لم ينفل والقاتل وغيره سواء وقال الشافعي السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً فله سلبه والظاهر أنه نصب شرع لأنه بعث له ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقد قال عليه السلام لحبيب بن مسلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه قال صاحب العناية قيل احتمال التنفيل هو الظاهر لأن مثل ذلك إنما يكون نصب الشرع إذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك إلا يوم بدر وخيبر لحاجة إلى التحريض وهو أي السلب مركبه وما عليه أي على المركب من السرج والآلة والحقيبة مع ما فيها من ماله وثيابه وسلاحه وما معه من المال لا ما مع غلامه على دابة أخرى وفي المحيط لو قتل رجلاً ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين ويكون فرسه للقتال إن قتله الإمام قتل من كان متمكناً من القتال فارساً وهذا متمكن منه بخلاف ما إذا لم يكن بجنبه كذا في شرح المجمع والتنفيل لقطع حق الغير لا تمليك وأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدارنا كسائر الغنائم عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد فإنه قال الملك يثبت بالتنفيل ولا يحتاج إلى الإحراز بدار الإسلام فلو قال نتزع على هذا الاختلاف من أصاب جارية فهي له لا يحل له إصابتها الوطء بعد الاستبراء ولا البيع قبل الإحراز بدارنا عندهما خلافاً لمحمد

لا الإمام أو نائبه

باب استيلاء

باب استيلاء الكفار

مبايناً بالملك الغفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر حكم استيلائهم على أموالنا فكان خلفه بأن يتوسل به باب على حدة وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين إذا سبى الترك الروم الترك جمع التركي والروم جمع الرومي فالفرق بينه وبين واحده الياء المشددة والمراد كفار الترك ونصارى الروم وأخذوا أي الترك أموالهم أي أموال الروم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق على مال مباح ورقابهم مباح لعدم العاصم وهو الإسلام ونملك بما وجدنا من ذلك أي مما أخذوا من الروم إذا غلبنا عليهم أي على الترك اعتباراً بسائر أملاكهم وإن غلبوا أي الكفرة على أموالنا عياذاً بالله تعالى وأحرزوها أي أموالنا بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء أي في دار الإسلام وانتهاء أي في دار الحرب بعد الإحراز والمحظور لا ينتهض سبباً للملك ولنا قوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم الآية فالله تعالى سماهم فقراء والفقير حقيقة من لا يملك لا بعيد اليد عن الملك فلو لم يملك الكفار أموالهم لما سموا فقراء روي أن أسامة بن زيد قال يوم الفتح يا رسول الله أين تنزل غداً فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل ترك عقيل لنا منزلاً إنما قال هذا لأنه استولى عليه عقيل وإن الاستيلاء ورد على مال مباح بناء على أن الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا فلا يعتبر مالنا معصوماً والاستيلاء على مال غير معصوم موجب للملك ثم إن المال في الأصل مباح التملك لكل أحد بالاستيلاء عليه وإنما يثبت عصمته بعارض الإحراز بدارنا وقد فات العصمة بزوال ذلك وهو الإحراز بالدار فعاد مباحاً كما كان والاستيلاء إنما يكون محظوراً إذا لاقى مالاً معصوماً وأما المال المعصوم بالإحراز بدارنا لا يملك بالاستيلاء وإنما يملك بعد زوال هذه العصمة بالإحراز بدارهم وهو بعده ليس بمحظور بل هو مباح التملك وكذا لو ند أي نفر بعير ند البعير يند نداً ونديداً وندوداً إذا ذهب على وجهه النفرة وهو من باب ضرب كذا في البناية قال صاحب القاموس ند البعير يند نداً ونديداً وندوداً ونداداً شرد ونفر منا إليهم بعير أو نحوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد فإذا ظهرنا عليهم أي غلبنا عليهم بعون الله تعالى فمن وجد ملكه أخذه سواء كان مثلياً أو قيمياً قبل القسمة أي قبل قسمة الغنيمة بين الغانمين وهو ظرف لوجد ولو قال فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه لكان أولى مجاناً قيد لقوله أخذه والمجان كشداد ما كان بلا بدل كذا في القاموس وبعدها يعني إن وجد ماله بعد قسمة الغنيمة بين الغانمين إن كان ما وجده مثلياً كالذهب والفضة والحنطة والشعير لا يأخذه أصلاً لأنه لو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد وإن كان ما وجده قيمياً أخذه بالقيمة لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظراً له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة قال صاحب مجمع البحرين وإن ظهرنا عليهم قبل القسمة حلت لأربابها وبعدها أخذوها بالقيمة ثم قال في شرحه وكذا ابن ملك في شرحه إذا ظهرنا عليهم بعد قسمتهم أموالنا أخذوها بالقيمة يقول الفقير في المتن والشرح كليهما بحث لأن المراد بالقسمة قسمة الغانمين منا وحاصل المسألة أنه إذا غلبنا عليهم بعدما غلبوا علينا وأخذوا أموالنا أخذنا منهم ما أخذوا منا فمن وجد منا ماله في الغنائم أخذه مجاناً إن وجده قبل قسمتنا الغنيمة بين الغانمين سواء كان مثلياً أو قيمياً وإن وجده بعد أن كان مثلياً لا يأخذ وإن كان قيمياً أخذه بالقيمة هـ والفقهاء بأجمعهم صوروا تلك المسألة بها ولهذا صرح صاحب التحفة والغرر في متنه وقال قبل قسمتنا ثم ساق الكلام في شرحه بوجه ما وقع في المجمع وشرحه ما ذكرنا

وان اشتراه منهم تاجر واخرجه وهو قيمي اخذه المالك القديم بالثمن اي ان اشتراه بدراهم
بالثمن ان شاء وان شاء ترك لان التاجر يتضرر بالاخذ مجانا فكان اعتدال النظر في الاخذ
بالثمن وان اشتراه بعرض فبقيمة العرض لان اعتدال النظر فيه ايضا وان وهب له فبقيمته
يعني لو وهبوه لمسلم ياخذه المالك القديم بقيمته لانه ثبت له الملك الخاص فلا يزال الا بالقيمة
ومثل المثلي نحو اشتراه بمثله يعني اذا كان مشترى التاجر مثليا فاشتراه التاجر بمثله
ياخذه المالك القديم بذلك الثمن ان شاء او بعرض يعني ان اشتراه بعرض ياخذه المالك
بقيمة العرض ان شاء ايضا وان اشتراه اي المثلي بجنسه مثل ان يشتري عشرة اقفزة حنطة
بعشرة اقفزة حنطة او وهب له لا ياخذه لانه لا يفيد شيئا قال شراح الهداية
اذا كان ما اخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه منهم مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم
جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه لانه غير مفيد اصلا لانه لا فائدة في ان يعطي
عشرة اقفزة جيدة ويأخذ عشرة اقفزة جيدة مثلها ثم قالوا والتقييد بقولهم قدرا
ووصفا احتراز عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس اخر او بجنسه ولكنه اردى منه وصفا
فان له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربا لانه انما فدى ليتخلص ملكه ويعيده
الى قديم ملكه لا انه يشتريه ابتداء وان كان ما اشتراه تاجر عبدا يعني ان اسروا عبدا
فاشتراه تاجر واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه في يد التاجر واخذ ارشها
ياخذه المالك القديم بكل الثمن لكن اخذ التاجر به من العين وهاهنا ان المشتري يتضرر
بالاخذ مجانا ان شاء وان شاء تركه ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش
حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك اذ لا ملك فيه قبلا حتى يكون المرد حق به
كالزيادة ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن وان اسر ثانيا من يد
التاجر فاشتراه تاجر آخر يعني ان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم ثم اسروه
ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل اخر بالف درهم ياخذه المشتري الاول منه اي
من المشتري الثاني بثمنه وهو الالف لان الاسر ورد على ملكه ثم ياخذه المالك القديم منه
اي من المشتري الاول بالثمنين وهو الالفان ان شاء اخذه لانه قام عليه بالثمنين فلا يحط
من ذلك شيئا صيانة لحقه فياخذه بهما وليس له اي ليس للمالك اخذه اي اخذ العبد
من المشتري الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه واعترض على قولهم ياخذه المشتري الاول
من الثاني بالثمن بانا لو اثبتنا حق الاخذ للذي اشتراه من العدو اولا تضرر المالك القديم
ح ياخذه بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه من العدو اولا اولى لانه لو لم يثبت
له حق الاخذ من المشتري الثاني يعود في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم
يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان اولى كذا في العناية ولا يملكون
اي الكفرة حرنا ومدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا حتى لو كان اهل الحرب اخذوهم من دارنا
واحرزوهم بدارهم ثم ظهرنا عليهم فالمدبر وام الولد والمكاتب ياخذهم قبل القسمة وبعدها
بلا شيء والحر ايضا لانه لا يكون لاحد يد عليهم لان الاستيلاء انما يكون سببا للملك
اذا لاقى محلا قابلا للملك وهو المال المباح والحر ليس محلا للملك وكذا من سواه لحريتهم من وجه
ونملك عليهم كل ذلك اي حرهم ومدبرهم وام ولدهم ومكاتبهم فان الشرع اسقط عصمتهم
جزاء على جنايتهم ولا يملكون عبدا ابق اليهم فياخذه مالكه بعد القسمة مجانا ايضا
اي كما ياخذه مالكه قبل القسمة مجانا عند ابي حنيفة لانه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا
لان سقوط اعتبار يده لتحقق يد المولى عليه تمكينا للمالك من الانتفاع به وقد زالت وظهرت يده
على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك واذا لم يثبت الملك لهم عليه ياخذه المالك
القديم بغير شيء قبل القسمة وبعد القسمة لكن يعوض عنه اي عن العبد من بيت المال يعني اذا
قسمت الغنائم بين الغانمين واعطي هذا العبد لغانم بحصته ثم اخذه المالك القديم بغير شيء
يعطى عوضه لذلك الغانم من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

وليس

وليس لذلك الغانم جعل الابق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه على
قصد الرد الى مالكه ثم انهم قالوا وكذا الحكم اذا كان العبد موهوبا او مشترى وانما قيد بقوله
ابق اليهم احترازا عن ابق متردد في دار الاسلام فانهم يملكونه اذا استولوا عليه لان يد المولى
باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يد العبد عليه ولو ابق اليهم العبد ولم ياخذه
احد من اهل الحرب حتى استولى عليه الغانمون يكون للمالك القديم مجانا وفاقا قبل القسمة
وبعدها واليه الاشارة في صدر الشريعة حيث قال الخلاف فيما اخذوه وقيدوه وعندهما
هو اي العبد الابق الداخل اليهم كالماسور فيملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده عليه
وقد زالت كما لو اسر من دارنا واحرزوه بدارهم وان ابق العبد بفرس ومتاع
فاشترى رجل ذلك كله اي العبد والفرس والمتاع وافراد ذلك باعتبار المذكور واخرجه
الى دارنا اخذ المالك ما سوى العبد بالثمن لانهم ملكوه واخذ العبد مجانا لانهم لم يملكوه وعندهما
اخذ العبد بالثمن ايضا كما ياخذ الفرس والمتاع بالثمن اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد
وقد بين الحكم في كل فرد وان اشترى مستامن عبدا مسلما وادخله دارهم عتق خلافا لهما لان
ازالته عن ملكه كانت مستحقة بطريق كالبيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه بادخاله دار الحرب
فيبقى في يده عبدا ولا يجوز لان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب وقد تعذر جبره على ذلك
فاقمنا تباين الدارين مقام الاعتاق تخليصا له كما يقام ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم
احد الزوجين في دار الحرب وثمرة الخلاف ظاهرة في المسائل وان اسلم عبدهم ثمة فخرج الى دار الاسلام
فجاءنا مسلما او ظهرنا اي غلبنا عليهم او خرج الى عسكرنا مسلما فهو حر والاصل فيه ان عبيدا
من عبيد الطائف وكانوا ستة او سبعة اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم جاء مواليهم واسلموا وطلبوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يردهم عليهم فقال عليه السلام
هم عتقاء الله فقضى بعتقهم ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما اي مغاضبا لمولاه او بالتحاقه
بمنعة المسلمين ويده على نفسه اسبق من يد المسلمين فكانت اولى ولا يثبت الولاء عليه في العتق
لاحد لان هذا عتق حكمي كذا في العيني نقلا عن غاية البيان نقلا عن شرح الطحاوي يقول الفقير انه
حاصل المسائل ثلاثة الاولى اسلم عبدهم ثمة فجاءنا والثانية اسلم عبدهم ثمة ثم ظهرنا عليهم
والثالثة عبدهم ثم خرج الى عسكرنا والدليل الذي ذكروه انما يدل على الاولى والثالثة
لان الظاهر ان مرادهم من الثانية ما اذا اسلم ثم ظهرنا عليهم فاخذناه من غير خروجه الينا
ومن غير التحاقه بالعسكر والا لم يكن بينها وبين الثالثة فرق الا ان يقال قوله او بالتحاقه
بمنعة المسلمين يشمل الصورتين معا فتدبر

باب المستامن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو
عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في باب الاستيمان لان طلب الامان انما يكون حيث
يكون فيه قهر وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما له اذا دخل تاجرا اليهم بامان لا يحل له اي لذلك
المستامن ان يتعرض لشيء من مالهم ودمهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك
يكون غدرا والغدر حرام لقوله عليه السلام لاصحاب السرايا ولا تغدروا فان غدر بهم التاجر
واخذ شيئا واخرجه ملكه ملكا محظورا اي خبيثا لان الاستيلاء ورد على مال مباح الا انه
حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه حتى لو كانت جارية يكره للمشتري ان يطاها
لانه قام مقام البائع ووطؤها للبائع كان مكروها فكذا للمشتري فيتصدق به اي بذلك الشيء تفريغا
لذمته عنه وان غدر بهم اي التاجر ملكهم اي ملك الكفرة فاخذ ماله او حبسه او فعل ذلك
اي اخذ المال او الحبس غيره اي غير ملكهم بعلمه اي بعلم الملك حل له اي للتاجر التعرض بالمال والدم
لانهم هم الذين نقضوا العهد كالاسير فانه يحل له التعرض بالمال والدم ابتداء وان اطلقوه طوعا لانه
غير مستامن فيباح له التعرض يقول الفقير التشبيه به في حل التعرض فقط لكن في الاسير حل مطلقا
وفي المستامن ان غدر به تدبر وان ادان ثمة حربي او ادان حربيا يعني اذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه
حربي او ادان حربيا او غصب احدهما من الاخر وخرجا اي خرج المستامن والحربي الينا لا يقضى

لاحد منهما على صاحبه بشيء

قوله ادان من الادانة وهي بالفارسية وام دادن وفي النهاية الادانة البيع بالدين والاستدانة
الابتياع بالدين وحاصل المعنى جعل الحربي مديونا بتصرف ما او جعل الحربي مديونا بتصرف ما اما
عدم القضاء بشيء من الادانة والغصب فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا لا على المسلم
ولا على الحربي ولا وقت القضاء على الحربي المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله
وانما التزم ذلك في المستقبل وانما لم يقض على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما واما الغصب فلانه
صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستامنا فيها لان مال كل واحد
منهما كان مباحا وقت الغصب في حق صاحبه فملكه بالاخذ لكن الغاصب اذا كان مسلما يفتى برد المغصوب عليه
ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم وفي اخذ اموالهم على هذا الوجه غدر عليهم
وكذا لا يقضى بشيء لو فعل ذلك حربيان اراد احدهما الاخر او غصب احدهما الاخر وخرجا الينا
مستامنين لما بينا من انهما ما التزما حكم الاسلام فيما مضى من افعالهما وانما التزما ذلك في المستقبل
وان خرجا الحربيان الينا بعدما فعلا ذلك مسلمين قضي بالدين لا بالغصب اما المداينة فلانها وقعت
صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا
انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد ولو اسلم الحربي بعدما غصب منه المسلم ثم خرجا الينا
يفتى بالرد ديانة لا قضاء اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الافتاء بالرد ديانة فلما بينا انه فسد الملك
لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد وان قتل احد المسلمين المستامنين الاخر اي في دار الحرب
فعليه الدية في ماله اي في مال القاتل في العمد والخطا والكفارة ايضا اي كالدية في الخطا اما الكفارة
فلاطلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة واما تخصيصها بالخطا فلانه لا كفارة في العمد عندنا
واما الدية فلان العصمة الثابتة بدارنا لا تبطل بعارض الدخول بدار الحرب بالامان لانه ما كان
على قصد الرجوع كما كان في دار الاسلام تقديرا حيث ان المستامنين كانا على قصد الرجوع كما
كان في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي واما القود في العمد فلا يجب في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجب القود
في العمد لما بينا ان العصمة لا تبطل بعارض الدخول بالامان ويقتضي العمد قودا ووجه ظاهر الرواية ان
القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة الا بالامام واهل الاسلام ولم يوجدا في دار الحرب
فلا فائدة في الوجوب ثم اذا لم يجب وقت القتل لتعذر الاستيفاء وجب الدية وادام الاول
واما وجوب الدية في ماله في العمد فلان العاقلة لا تعقل العمد على ما نذكره في موضعه وفي الخطا
لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين
فقتل احدهما صاحبه فلا شيء الا الكفارة في الخطا عند ابي حنيفة لانه بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته
مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز فيسقط العصمة
المتقومة وهي ما يوجب المال عند التعرض فلم تجب الدية لا في العمد ولا في الخطا فصار كالمسلم الذي
لم يهاجر الينا وخص الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا وعندهما في الاسيرين
كالمستامنين يعني يلزم الدية في العمد والخطا والكفارة في الخطا كما في المستامنين لان العصمة لا تبطل بالاسر
كما لا تبطل بالامان وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولا شيء في قتل المسلم الذي
اسلم في دار الحرب مسلما اسلم ولم يهاجر سوى الكفارة في الخطا اتفاقا بين ائمتنا وقال الشافعي
يجب الدية في الخطا والقود في العمد لانه قتل نفسا معصومة لثبوت العصمة بالاسلام لقوله عليه السلام
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها فقد اثبت العصمة بالاسلام لا بالدار ولنا قوله تعالى
فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فالاية سيقت لبيان انواع القتل وموجباتها فاوجب
في القتل المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا الكفارة بقوله فان كان من قوم عدو لكم
يعني ان كان المقتول من الكفار دارا وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ثم اوجب بقتل الذمي دية وكفارة فدل ايجاب
الكفارة وحدها فيمن لم يهاجر على انه لا دية في قتله لانه جعل الكفارة كل الواجب لانها المذكورة فلا يجوز ان يزاد
لان الزيادة نسخ ولان الاية سيقت لبيان الحكم الواجب فلو وجبت الدية ولا ذكر لها في الكتاب لكان
تاخيرا عن البيان وذا لا يجوز ولان الفاء في قوله فتحرير حرف جزاء والجزاء اسم لكل ما لا شريك له
من جزاء الكفر او للتمام ما يستحق به فيمتنع وجوب شيء اخر معه ... بالزيادة على تمام المسمى

فصل

فصل

فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف احكامها ولا يمكن حربي مستامن ان يقيم في دارنا سنة كاملة
ويقال له ان اقمت سنة نضع عليك الجزية وانما لا يمكن فيه الحربي لا يمكن من اقامة دائمة
في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين
ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا
بين الاقامة الكثيرة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية ثم انه ان رجع بعد هذه المقالة
قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل لنا عليه فان اقام سنة صار ذميا لانه لما اقام سنة بعد هذه
المقالة صار ملتزما للجزية فيصير ذميا ولا يمكن من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض
لانه خلف عن الاسلام والاسلام لا ينقض وكذا خلفه كيف وان فيه قطع الجزية
وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين وكذا يصير ذميا لو قيل له ان اقمت شهرا
او نحو ذلك نضع عليك الجزية فاقام تلك المدة يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل
لو قدر اقل من ذلك على حسب ما يرى الامام جاز لكن ان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول
كذا في العناية او اشترى ارضا ووضع عليه خراجها اي خراج الارض يعني لو
دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج ووضع عليه خراج الارض يكون ذميا
لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا
واما بمجرد الشراء فلا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة قال صاحب العناية
والمراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة
فدلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس
الشراء لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من
احكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما اشار اليه صاحب الهداية
من قوله لانه قد يشتريها للتجارة انتهى وعليه جزية سنة من حين وضع الخراج
لانه يصير ذميا بالتزام الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه او نكحت المستامنة
ذميا معطوف على قوله اشترى ارضا يعني اذا دخلت حربية بامان دارنا فتزوجت
ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج لا لو نكح هو ذمية
يعني اذا دخل حربي دارنا بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع
الى بلده فلم يكن ملتزما المقام فان رجع المستامن الى داره حل دمه لانه بالرجوع ابطل امانه
وان كان له اي للمستامن الراجع الى داره وديعة عند مسلم او ذمي او دين عليهما
فاسر او ظهر مبنيان للمفعول عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيئا اما
الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه الدين
اسبق من يد العامة فيختص به واما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده
فيصير فيئا تبعا لنفسه وعن ابي يوسف ان الوديعة تصير للمودع لان يده فيها اسبق
فهو بها احق كذا في التبيين وان قتل ولم يظهر عليهم او مات فهما اي الدين والوديعة
لورثته لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه
او على ورثته من بعده فان جاء حربي فاسلم هنا اي في دار الاسلام ثم ظهر عليهم
اي على اهل الحرب فالكل من الزوجة والولد والمال فيء اما المراة وولدها الكبار فظ
لانهم حربيون وليسوا باتباع واما الاولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام
ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة
باحراز نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم ثم جاءنا ثم ظهر عليهم اي
على اهل الحرب فطفله حر مسلم تبعا لابيه لانه كان تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة
ووديعته عند مسلم او ذمي له اي للذي اسلم ثم جاءنا لانه في يد محترمة ويد المسلم او الذمي ويده كيده

الميرة بكسر الميم الطعام يمتاره الانسان والجلب ما جلب من خيل وابل ونحوها للتجارة

ويغرم للقتيل وهو الزوجة وولده الكبير ودية عند حربيا ما الزوجة وولده الكبير فلما قلنا
انهما حربيان كافران واما الوديعة التي عند الحربي فلانها لم تصر معصومة لان يد الحربي ليست يدا
محترمة واذا قتل مسلم لا ولي له خطأ او قتل مستأمنا اسلم هنا في دار الاسلام خطأ
فللامام اخذ الدية من عاقلة القاتل لانه قتل نفسا معصومة فيتناوله النصوص الواردة
في القتل الخطأ ومعنى قوله عليه السلام اخذ الدية لان لا اخذ له ليضعه في بيت المال لانه نصب
ناظرا للمسلمين وهذا من النظر ثم انهم قالوا على القاتل الكفارة ايضا كذا في الهداية والكافي
وفي العمد له اي للامام ان يقتص او ياخذ الدية بطريق الصلح لان موجب العمد القود وولاية
الامام نظرية ينظر فيه فايهما رأى اصلح فعل وظاهر ان الدية في هذه الصورة انفع من العقوبة
لنفع بيت المال وليس له اي للامام العفو مجانا لان الحق للعامة وليس في النظر اسقاط
حقهم بلا عوض ثم ان صاحب الدرر ذكر تتمة لهذا البحث وبين فيها كون دار الحرب دار الاسلام
وعكسه فلا علينا ان نذكره قال رحمه الله دار الحرب تصير دار اسلام باجراء احكام
الاسلام فيها كاقامة الجمع والاعياد وان بقي فيها كافر اصلي وان لم تتصل بدار الاسلام بان
كان بينها وبين دار الاسلام مصر آخر لاهل الحرب وبعكسه اي تصير دار الاسلام دار الحرب
بامور ثلاثة باجراء احكام الشرك فيها واتصالها بدار الحرب بحيث لا يكون بينهما مصر للمسلمين
وان لا يبقى فيها مسلم او ذمي آمنا بالامان الاول على نفسه كذا في السير الكبير هذا عند ابي حنيفة
وعندهما اذا اجري فيها احكام الشرك صارت دار الحرب سواء اتصلت بدار الحرب
او لا وبقي فيها مسلم او ذمي بالامان الاول او لا انتهى ٥

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر استطرادا
لان سبب كل منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية
قال مولانا سعدي افندي اقول فيه عنونة الباب بما ليس مقصودا منه وقد استقبحه الشريف
الجرجاني في اول مباحث الكليات من حاشية المطالع انتهى والعشر بضم العين احد
اجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان
خراجا فيقال فلان ادى خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية كذا في المغرب
ارض العرب كلها عشرية وهي اي ارض العرب ما بين العذيب وهو اسم ماء لبني تميم
الى اقصى حجر بفتحتين يعني الصخر باليمن بمهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة
ينسب اليه الابل المهرية سمي بذلك المقام فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها وعرضها
من يبرين والدهنا ورمل عالج وهي اسماء مواضع قال صاحب القاموس ويبرين موضع
بحذاء الاحساء وهو بلد بسيف البحرين انتهى الى مشارف الشام اي الى مشارف الشام
وقراها لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج من ارض العرب
ولان شرط وضع الخراج تقرير اهلها على الكفر ولا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام
والسيف لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فلم يجز وضع الخراج
في اراضيهم فتكون عشرية وكذا البصرة عشرية لاجماع الصحابة على انها
عشرية والقياس ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة واقر اهلها عليها وهي من جملة
اراضي العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم وكذا كل ما اسلم اهله او فتح عنوة
وقسم بين الغانمين لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما
فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وارض السواد خراجية
اي سواد العراق سمي بالسواد لخضرة اشجارها وزروعها لان عمر رضي الله عنه وضع الخراج
على مصر حين فتحها عمرو بن العاص رضي الله عنه وكذا الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على وضع الخراج على الشام

ومن اسلم ثمة وله هناك وارث مسلم
فقتله مسلم عمدا او خطأ فلا شيء عليه الا
الكفارة في الخطأ

قد يكون القود انفع للمسلمين من اخذ الدية
لبيت المال عند عدم الاحتياج الى المال
وعند هبوب ريح القتال من جانب
اهل الكفر والضلال والله اعلم عند الاشتغال

وايضا عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وهي اي ارض السواد ما بين العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن الثعلبية او العلث
الى عبادان طولا والعلث بالعين المهملة المفتوحة واللام الساكنة والثاء المثلثة
قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة وهو اول العراق وعبادان حصن صغير على شط البحر
قال صاحب البناية وما قيل من الثعلبية الى عبادان غلط لان الثعلبية من منازل
البادية بعد العذيب بكثير انتهى قال صاحب المغرب والثعلبية بالثاء المثلثة والعين المهملة
من منازل البادية ووضعها موضع العلث في حد السواد خطأ انتهى وكذا
كل ما فتح عنوة واقر اهله عليه او صولحوا لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على
الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة سوى مكة وكان القياس فيها
ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لم يوظف عليها الخراج وتركها لاهلها قال صاحب الهداية وفي الجامع الصغير
كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج سواء قسمت بين الغانمين
او اقر اهلها عليها وما لم يصل اليها ماء الانهار وما يستخرج منها عين فهي ارض عشر
لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج
وصاحب البناية ذكر هنا البلاد التي فتحت عنوة او صلحا في زمن
الخلفاء الراشدين ومن بعدهم من خلفاء بني امية اجمالا فلا علينا ان نذكرها
قال رحمه الله اعلم ان فتح السواد كلها كانت عنوة على يد سعد في خلافة عمر
رضي الله عنهما وفتحت مصر صلحا على يد عمرو بن العاص وكذا الشام وبيت المقدس
وبلاد الشام كلها فتحت صلحا على يد عمر بن الخطاب دون الحصون واما اراضيها
ففتحت عنوة على يد شرحبيل بن حسنة وابي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد
واما اجنادين من الشام فقد افتتح صلحا على خلافة ابي بكر رضي الله عنه واجنادين
بعد الجيم نون ودال مفتوحة مهملة ومنهم من يكسرها ثم ياء مثناة من تحتها واخرها نون
واما خراسان ومرو ونزد فكان فتحها في خلافة عثمان بن عفان صلحا على يدي عبد الله
بن عامر بن كريز واما ما وراء النهر فانه افتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان بن
عفان رضي الله عنه فمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف بعد ذلك على يد
المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فان ابا موسى افتتحها في ولاية عثمان رضي الله عنه
صلحا واما طبرستان ففتحها سعيد بن العاص في ولاية عثمان رضي الله عنه صلحا
ثم فتحها عمرو بن العلاء واما جرجان فافتتحها يزيد بن المهلب في خلافة سليمان بن
عبد الملك سنة ثمان وتسعين وسجستان فتحها عبد الله بن عامر في خلافة عثمان
صلحا واما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند افتتح على يدي سعد بن النعمان
بن مقرن واما الاهواز وفارس واصبهان ففتحت عنوة لعمر على يدي ابي موسى
وعثمان بن ابي العاص واما الجزيرة فانها فتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة
ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فانهم ادوا الجزية الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم واما اليمامة ففتحها ابو بكر الصديق رضي الله عنه واما ارض الهند
فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين انتهى ما ذكره رحمه الله تعالى
وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها كسائر اموالهم والكرم
لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم
الخراج فتبقى الارض مملوكة لاهلها يتصرفون فيها كيف يشاؤون قالوا وكذلك
جميع الاراضي الخراجية مملوكة لاصحابها وكذلك الاراضي العشرية مملوكة لاهلها
يتصرفون فيها كيف ما يشاؤون ولم يتعرضوا في المتون كون الاراضي العشرية
مملوكة لاهلها لكن اذا كانت الخراجية مملوكة تكون العشرية مملوكة اولى

بيان فتوحات البلاد عنوة وصلحا

ثم اعلم ان كون الاراضي منقسمة الى عشرية وخراجية هو المشهور في الكتب الفقهية لكن افتى
مفتي الروم المولى الفاضل ابو السعود الرحمه بان ولايتنا ارضنا ليست بعشرية
ولا خراجية بالمعنى المذكور بل يقال لها الاراضي المملكة وهي الاراضي التي فتحت عنوة الا انها
لكن لم تملك لاهلها بل احرزت لبيت المال ثم اجيرت من الرعايا اجارة فاسدة
بشرط ان يزرعوها ويحرثوها ويجعلوها بساتين وباغات ويؤدوا ان يؤدوا من حاصلها
العشر كما هو حكم اراضي بلادنا سيلس ونوقات واماسية واطرافها فانها ليست بعشرية
ولا خراجية بل يقال لها اراضي المملكة واشتهرت بين الناس بالاراضي الميرية وهي ليست
ملكا لمن في ايديهم لا يقدرون على بيعها وشرائها وهبتها ووقفها وسائر وجوه التمليك
والتملك بل مستاجرة منهم بطريق الاجارة الفاسدة يتصرفون ويزرعون ويحرثون
ويستغلون بوجه الاستغلال ويؤدون خراج مقاسمتها ووظيفتها فما داموا لا يعطلون
ويعمرون بالوجوه المزبورة ويؤدون حقوقها لا يتعرض احد لها الى حين الموت فاذا مات
واحد منهم قام ابنه مقامه ويتصرف على الوجوه المذكورة وان مات ولم يترك ابنا يرجع
الارض التي في يده الى بيت المال ثم ان كان للميت بنت او اخ لاب وطالباها يعطى لها
باجرة معجلة بطريق الاجارة الفاسدة ايضا وان لم يطلباها تحرز لبيت المال ويعطى
لآخر باجرة معجلة وان عطلها صاحبها ثلاث سنين او اكثر تنزع من يده وتعطى لآخر ويجوز
وان اراد واحد منهم ان يفرغ عن الاراضي التي في يده لاحد ياخذ منه بمعرفة السلطان
او من قام مقامه مبلغا من الدراهم او الدنانير او ما يعني به ويفرغ له فيعطي السلطان
او من قام مقامه منه بطريق الاجارة الفاسدة ايضا وهنا تفصيل ما اجمله المولى
المزبور في فتواه رحمه الغفور وان احيى مواتا وهي الارض التي لا مالك لها ولا ينتفع
احد وسيجيء تفصيله في كتابه ان شاء الله تعالى يعتبر قربه الى ما هو قريب عند ابي يوسف
فان كانت في قرب ارض الخراج فهي خراجية وان في قرب ارض العشر فهي عشرية
لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به قال صاحب العناية
هذا المطلق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج
وان كانت من حيز ارض العشر ثم قال وان كان هذا مشعرا بكونه مسلما وجب ان يقيد
قوله ان المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بما اذا لم يكن منه صنيع يقتضي وضع الخراج انتهى
ويعتبر الماء فيها عند محمد يعني ان احياها ببئر حفرها او عين استخرجها
او بماء دجلة او الفرات او الانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها
بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي حفرها الاعاجم مثل نهر الملك نوشروان
بن قباد ونهر يزدجرد فهي خراجية لانه السبب للنماء ونهر الملك قريب من بغداد على
طريق الكوفة ويزدجرد هو يزدجرد بن شهريار بن ابرويز بن هرمز بن نوشروان
وهو آخر ملوك العجم لانه لما قتل رستم في قتال سعد بن ابي وقاص بالعذيبية هرب
يزدجرد الى مرو من طرف سجستان فقتل هنالك في خلافة عثمان رضي الله عنه
وكان جميع ملكه عشرين سنة فانقرض ملك العجم على ايدي المسلمين قبله كذا في البناية
يقول الفقير ورايت في بعض التواريخ ان يزدجرد آخر ملوك العجم قتل في خلافة امير المؤمنين
عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذلك انه بعث اليه سرية وجعل رأس السرية الامام
عليا كرم الله وجهه فقتل الملك المشار اليه في تلك الوقعة واسرت بنته المسماة
بشهربانو مع اسارى كثيرة تزوجها الامام حسين بن علي رضي الله عنهما والعهدة على الراوي
والخراج نوعان خراج مقاسمة وهو ان الامام اذا فتح بلدة عنوة ومن على اهلها جعل على اراضيهم الخراج وهو
خمس الخارج او ربعه او ثلثه او نصفه على حسب تحمل الارض وهذا جائز كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
باهل خيبر ويكون حكمه حكم العشر ولا يزاد على النصف لان التقدير ورد بالنصف والتنصيف عين
الانصاف فيتعلق بالخارج كالعشر الا انه يوضع موضع الخراج لانه في الحقيقة خراج كذا في غاية البيان

وخراج

وخراج وظيفة وهو شيء واجب في الذمة ويتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض ولا يزاد على ما وضع
عمر رضي الله عنه على السواد اي سواد العراق لكل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا
وعرضها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى وهو سبع قبضات يزيد على ذراع العامة بقبضة لان
ذراع العامة ست قبضات وقيل هذا حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس بتقدير لازم في
الاراضي كلها بل الجريب في الاراضي يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله
صالح للزراعة صاع من بر او شعير على ما قال الامام فاختلفا في تفاوته بما يشرع فيها على ما ذكر
في شرح الطحاوي وهو ربع والصاع ثمانية ارطال والدرهم وزن سبعة والجريب الرطبة
قال صاحب القاموس الرطبة بالفتح الفصفصة والفصفصة بالكسر نبات اسبست
وفي الاختيار الفصفصة بالكسر نبات يقال لها بالتركي يونجه خمسة دراهم والجريب الكرم
او النخل المتصل صفة الكرم والنخل وانه لاجل كلمة او والاتصال بان يكون كل الارض
مشغولة به ولا يبقى فرجة خالية عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه
لانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان حتى يمسحا سواد العراق فمسحا فبلغ ستا
وثلاثين الف الف جريب ثم وضعا على كل جريب كذا وكذا فلما رجعا واخبراه قبل ذلك
رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان المؤن متفاوتة
فالكرم اخفها مؤنة واكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مؤنة والزرع اكثرها مؤنة لاحتياجه
الى المزارعة والقاء البذر في كل عام والرطبة بينهما لانها تبقى اعواما ولا تدوم دوام
الكرم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكرم ودون مؤنة الزرع وما سواه كزعفران وبستان وهو كل
ارض يحوطها حائط وفيها نخيل واشجار متفرقة بحيث يمكن زراعة ما بين الاشجار وان كانت
الاشجار ملتفة بحيث لا يمكن زراعة ما بينها فهي كرم ما تطيق لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه
وقد اعتبر الطاقة في التوظيف فنعتبرها فيما لا توظيف فيه ونصف الخارج غاية الطاقة
لا يزاد عليه لان التنصيف غاية الانصاف وان لم تطق الارض ما وظف نقص اي
نقصه الامام فالنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا يرى الى قول عمر رضي الله عنه لعثمان
بن حنيف وحذيفة بن اليمان لما فتحا سواد العراق ووضعا الخراج عليها ثم جاءا الى عمر
لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت فهذا
يدل على جواز النقص عند عدم الطاقة ولا يزاد ان اطاقت الزيادة عند ابي يوسف لان عمر
لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة خلافا لمحمد فانه يجوز الزيادة عنده ان اطاقت
اعتبارا للزيادة بالنقصان ولا خراج ان انقطع عن ارضه الماء او غلب عليها الماء او اصاب
الزرع آفة لانه فات التمكن من الزراعة في كل الحول وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج
في الاولين وفيما اصاب الزرع آفة بان اصابه حر شديد او برد شديد او نحو ذلك
فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في الزكاة
فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم تركها للخدمة سقطت الزكاة لانها
لم تبق نامية في جميع الحول قال صاحب العناية قال مشايخنا ما ذكر من ان الخراج يسقط
باصابة الزرع آفة محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع ثانيا اما اذا بقي
فلا يسقط الخراج ويجب الخراج ان عطلها مالكها لان التمكن كان ثابتا وهو الذي
فوته قال صاحب العناية قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من
الزراعة وعطلها واما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام
ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان
آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد
من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها بلا اختلاف ثم انهم قالوا ان انتقل الى اخس
الامرين من غير عذر بان كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير
وجب الزعفران وكذا لو كان كرما فقلعه وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة

وهنا يعرف ويحفظ ولا يفتى به كيلا يجترئ الظلمة على اخذ اموال الناس ورد بانه
كيف يجهل الكتاب وانهم لو اخذوا كان في موضع تكونه واجبا واجيب بانا لو افتينا
بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شأنها ذلك انها قبل ذلك كانت تزرع الزعفران
فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان ولا يتغير الخراج ان اسلم لانه مؤنة فيها معنى العقوبة
فلا يجب ابتداء على المسلم لمظنة العقوبة ولا يسقط انتهاء لمظنة المؤنة هو
او اشتراها اي ارض الخراج مسلم لما ذكرنا فقد صح ان الصحابة اشتروا ارض الخراج وكانوا
يؤدون خراجها ولا عشر في خارج ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان
مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين اما كونهما حقين مختلفين فلان احدهما مؤنة
فيه معنى العبادة والآخر مؤنة فيه معنى العقوبة وكونهما في محلين لان الخراج محله الذمة
والعشر محله الخارج وكونهما بسببين مختلفين لان سبب العشر الارض النامية
بحقيقة الخارج وسبب الخراج الارض النامية بالحكم فلا يتنافيان
ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم عن علقمة
عن النبي صلى الله عليه وسلم وان احدا من ائمة الجور والعدل لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم
حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا
والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية
الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض فيقال
عشر الارض وخراج الارض ولا يتكرر خراج الوظيفة بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه
لم يوظفه مكررا بخلاف العشر فانه يتكرر بتكرر الخارج في سنة لانه لا يكون عشرا الا
بوجوبه في كل خارج وعلى هذا خراج المقاسمة فانه يتكرر ايضا بتكرر الخارج

فصل

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الفصل خراج الرؤوس وهو الجزية الا انه قدم الاول
لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة ومن شأن القربات تقديمها الجزية
وهي اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها
تجزئ عن الذمي اي تكفي عن قتله فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى
قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يصح اخذ البدل على تقريره اجيب
بان الجزية لم تكن بدلا عن تقريره على الكفر وانما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق
الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض وهو عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق
اذا وضعت بتراض وصلح لا تغير وتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح
رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران على الف ومائتي حلة وهي بضم الحاء ازار
ورداء هذا هو المختار كذا في المغرب وفي القاموس الحلة بالضم ازار ورداء برد
او غيره ولا يكون حلة الا من ثوبين او ثوب له بطانة جمع حلل وحلال ثم ان عدم
التغيير اذا وضعت بتراض او صلح لان الموجب لتقديرها ما وقع عليه الاتفاق فالتراضي
فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه الاتفاق وان فتحت بلدة عنوة واقر اهلها عليها
يوضع على الغني الظاهر الغنى في السنة ثمانية واربعون درهما كل عشرة وزن سبعة
ويؤخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى المتوسط نصفها وهو اربعة وعشرون
درهما يؤخذ منه كل شهر درهمان وعلى الفقير القادر على الكسب ربعها وهو
اثنا عشر درهما ويؤخذ في كل شهر درهم قال صاحب العناية قال الامام فخر الاسلام
من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر درهما ومن ملك
مائتي درهم فصاعدا الى العشرة الالاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون درهما
ومن ملك عشرة الالاف درهم فصاعدا فصاعدا لا نهاية له وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون درهما

ونظيره ما ذكره الشيخ في تقريباته في الحكم المسكوت عنها كما تعتبر بها العمال دون الخلاص في الاحكام

ثم قال

ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة انما تجب على من كان من اهل القتال حتى
لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان موسرا في اليسار والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان
لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة بعض البلدان
ان يعد من ملك عشرة الاف درهم مكثرا وعادة البعض ان لا يعد فيعتبر عادة كل بلد
وقال الشافعي يوضع على كل حالم دينار او ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك
سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم او حالمة دينارا او عدله
من غير فصل وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه
ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر
كالذراري والنسوان وفي هذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر
وعثمان وعلي رضوان الله عليهم اجمعين ولم ينكر عليه احد من المهاجرين والانصار
ولانها وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين بنفسه النفس والمال
لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة بالنفس والمال قال الله تعالى
يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله
وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر
لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج الماخوذ منه المصروف
الى الغزاة مقام النصرة ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير ينصر راجلا
والمتوسط ينصر راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره
ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخارج الذي قام مقامه فان قيل النصرة
طاعة الله وهذه عقوبة فكيف يكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب بان
الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وما رواه الشافعي
محمول على انه كان ذلك صلحا والدليل على ذلك انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب
على النساء وتوضع الجزية على كتابي سواء كان من العرب او العجم لقوله تعالى من الذين
اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ومجوسي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع
الجزية على المجوس روى البخاري ان عمر رضي الله عنه لم يكن ياخذ الجزية من المجوس
حتى شهد عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين ولان استرقاقهم جائز كذلك الكفرة
استدراجا الى الاسلام فكذلك ضرب الجزية عليهم وهذا بالاتفاق ووثني عجمي
وفيه خلاف الشافعي هو يقول ان قتالهم واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا
عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم
على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب
الجزية عليهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم
اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر
يؤديها من كسبه لانه يكتسب ويعمل ويؤدي كسبه الى المسلمين لكن نفقته في كسبه
ونقض بانه كل من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء
والصبيان واللازم باطل واجيب بان ذلك لمعنى اخر وهو ان الجزية بدل
النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدلها قال صاحب العناية وهذا ليس بدافع
للنقض بل هو تقرير له والصواب ان يقال ان قبول المحل شرط تاثير المؤثر
فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقه يجوز ضرب الجزية عليه اذا كان المحل قابلا
والمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما يكون من الكسب وهما عاجزان عنه
قال مولانا سعدي افندي اقول فيه بحث فانه لم لا يجوز ان يقال المراد كل من يجوز
استرقاقه يجوز ضرب الجزية عليه اذا كان من اهل النصرة فانها بدل النصرة في حق المسلمين كما سبق انفا

الحالم فاعل من الحلم وهو العقل ... البالغ

مطلب الفرق بين العدل بالفتح وبين العدل بالكسر

لاعربي اي لا يجوز ضرب الجزية على وثني عربي لان كفرهم قد تغلظ لان النبي عليه السلام نشأ
بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا الاسلام
او السيف زيادة في العقوبة عليهم ولقائل ان يقول هذا ينتقض باهل الكتاب فانه تغلظ
كفرهم لانهم يعرفون النبي معرفة تامة بعينه وشخصه ومع ذلك انكروه وغيروا اسمه الشريف
ونعته اللطيف من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان
من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم
اوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان واهل الكتاب
والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية الا انه ترك بالكتاب وهو
قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني ان مراده صلى الله عليه وسلم عربي
الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعربي الاصل
وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم اميون ولا توضع على مرتد لانه كفر بربه
بعدما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل منهما اي من الوثني العربي والمرتد
الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة عليهما وعند الشافعي يسترق مشركوا
العرب وجوابه ما قلنا من ان كفرهم تغلظ وتسترق انثاهما وطفلهما يعني
اذا ظهر على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء فيسترقان لانه عليه السلام
سبى ذرية اوطاس وهوازن واسترق ابو بكر رضي الله عنه نساء بني حنيفة وصبيانهم
لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنفية فولد
منها محمد بن الحنفية ثم انهم قالوا ان ذراري المرتدين ونساؤهم يجبرون على الاسلام
دون ذراري عبدة الاوثان ونسائهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت
حكم الاسلام في حقهم وذراري المرتدين قد ثبت حكم الاسلام في حقهم تبعا لآبائهم
والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم
ولا جزية على صبي وامرأة لانها وجبت بدلا عن القتل في حق الاهل منه او عن القتال
اي عن النصرة في حقنا ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل وهو
القتل او النصرة لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل
ومملوك ومكاتب ومدبر لانها تجب خلفا عن النصرة والمملوك ومن في حكمه لا تجب
عليهم النصرة بالقتال لو كان مسلما فلا يلزمه ما هو خلف عنها ثم الجزية بدل عن الامرين
كما مر تقريره آنفا لكن ان اعتبرنا الاول يجب وضع الجزية على المملوك لان
المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل ايضا وان اعتبرنا الثاني لا يجب لان العبد
لا يقدر على النصرة فلا يجب بدله فلما كان وضعها واجبا باعتبار غير واجب باعتبار
آخر فلا يجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم مرة اي صار
مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على
مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجب
الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز وشيخ كبير وزمن واعمى
ومقعد لما انها وجبت بدلا عن القتل او القتال وهم لا يقتلون ولا يقاتلون
وعن ابي يوسف انها تجب على الشيخ الكبير والزمن والاعمى والمقعد اذا كان
لهم مال لانهم يقتلون في الجملة اذا كانوا اصحاب راي كذا في الاختيار
وفقير لا يكتسب خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عمر رضي الله عنه
لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة
لها فكذا هنا الخراج والحديث محمول على الفقير المعتمل وراهب لا يخالط لانه لا يقتل اذا لم يخالط
الناس والجزية في حقه بدل عن القتل وذكر محمد عن ابي حنيفة انها توضع عليه اذا كان يقدر
على العمل لانه هو المضيع للقدرة فصار كما لو عطل ارضا خراجية ومبدأ اول الحول

وعند الشافعي

كما قال تعالى الذين آتيناهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون ابناءهم . كرماني

وابن الحنفية هو ابو عبد الله محمد بن امير المؤمنين علي بن ابي طالب رضي الله عنه والحنفية امه ... بنت ... الحنفية ... السبطين رضي الله عنهما وهو امام عظيم ... لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه ... بالمدينة في سنة ثمانين على الاصح ... فضلها البرهان في المعتقد ... معضلة في التواريخ وهو من كبار التابعين شرح الشفاء للشهاب

اي لم يجعلوا احد محل الاجماع ... ملابد منه لكن حذفه للعلم لا ذكره مرارا . محمد

وعند الشافعي يجب في آخر الحول لانه حق مالي كالزكاة ولنا انها بدل عن القتل والقتل واجب
في الحال فكذا بدله بخلاف الزكاة لانها عبادة فيراعى فيها التيسير وهذه عقوبة فتستوفى
ويؤخذ في كل شهر منه كما بينا من انه يؤخذ من الغني في كل شهر اربعة دراهم ومن
المتوسط درهمان ومن الفقير القادر على الكسب درهم وتسقط بالاسلام او الموت
يعني اذا اسلم وعليه جزية او مات كافرا وعليه جزية سقطت خلافا للشافعي فيهما لانها
وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض وكل ما وجب بدلا
عن شيء وقد وصل اليه العوض لا يسقط عنه العوض بهذا العارض اي الاسلام او الموت
وانما ردد في قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء في ان الجزية بدل عماذا
قال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي لان الله تعالى
امر بالقتال ومده الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى
في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الكفر لا يكونون من اهل دارنا الا بايفاء
من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر وذلك
قول شمس الائمة السرخسي وهو الاصح الا ترى ان الجزية لا تؤخذ من الاعمى
والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد مع انهم يشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم اصل
النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خلف فيه ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية رواه ابن عباس رضي الله عنهما وهو مطلق فيجري
على الاطلاق فانه ان اريد به بعد الاسلام لان كل احد يعلم ان المسلم لا يكون عليه جزية
فتعين ان يكون المراد انها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لم يصدق قوله عليه السلام
ليس على مسلم جزية تنزه ساحة النبي صلى الله عليه وسلم عن عدم الصدق ولانها وجبت
عقوبة على الكفر ولهذا سمي جزية وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت
من قبلنا بل الله تعالى لا يقيمها ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر
وقد اندفع بالموت او الاسلام وتتداخل الجزية بالتكرار يعني ان مر عليه حولان ولم
يؤد الجزية تداخلت وتسقط الاولى عند ابي حنيفة لانها تجب عقوبة على الكفر
والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت ولانها شرعت للزجر والزجر عن الكفر في الحال
خلافا لهما لانها يتعلق ... انما عوض والاعواض لا تسقط بالتكرار
خصوصا عندنا كما في الاستيفاء بخلاف ما اذا مات او اسلم لتعذر الاستيفاء
بخلاف خراج الارض فانه لا تداخل فيه بالاتفاق وقال بعضهم خراج الارض على هذا الخلاف
ولما فرغ من بيان ما يجب على اهل الذمة من الحربي شرع في بيان ما يتعلق بهم مما يجوز لهم وما لا يجوز فقال
ولا يحدث بيعة او كنيسة قال صاحب العناية والبناية الكنيسة اسم لمتعبد اليهود
والنصارى وكذلك البيعة الا ان الاستعمال غلب في الكنيسة لمتعبد اليهود وفي البيعة لمتعبد
النصارى لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها فهو نفي بمعنى النهي
اي لا يحدث كنيسة في دار الاسلام والخصاء بكسر الخاء المعجمة والمد على وزن فعال مصدر خصاه
اي نزع خصيته ولا خصاء في معناه خطأ كذا في المغرب قال صاحب العناية والمناسبة
بين ذكر الخصاء والكنيسة في دار الاسلام ان احداث الكنيسة ازالة لفحولية اهل دارنا كما ان
الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع
عن النساء بطريق الكناية فالمناسبة ان كلا منهما معصية في دارنا متعلق بها جميعا قال صاحب الفتح
الصومعة كهي اي بيت النصارى انتهى يعني لا يجوز احداث صومعة يتعبد واحد منهم فيها على وجه
التخلي لانها بمنزلة البيعة بخلاف موضع العبادة في البيت لانه تبع للسكنى قال صاحب الهداية
وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها شعائر الاسلام فلا تعارض باظهار
ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر كالاذان
والصلاة بجماعة والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة انتهى

اي العلماء

يعني ان الاحداث بقولهم وهذا في الامصار دون القرى على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله في قرى الكوفة
لا مطلقا ثم قال صاحب الهداية وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها
لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب انتهى قال صاحب البيانية اخبر عمر
بن الخطاب رضي الله عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاخرجن اليهود
والنصارى من جزيرة العرب فلا ادع فيها الا مسلما وقد اجلا عمر رضي الله عنه
يهود نجران وفدك وانما سميت ارض العرب جزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش
ودجلة والفرات قد احاطت بها قال ابو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر ابي موسى
الى اقصى اليمن في الطول واما في العرض فما بين رمل يبرين الى منقطع السماوة
انتهى والسماوة موضع بين الكوفة والشام كذا في القاموس وتعاد المنهدمة من غير نقل
الى موضع اخر يعني ان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى
دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها الى موضع اخر
لانه احداث في الحقيقة ولا يمكنون ايضا من بنائها اوسع من الاولى قال
المولى الفاضل ابو الليث الزيلعي اخو الشيخ الكبير الشيخ شمس الدين السيواسي
قدس الله سره في شرح التحفة قيل لا تعاد القديمة الا بتراب دار الحرب
وحجرها انتهى يقول الفقير رأيت هذا النقل فيه فتتبعت الكتب التي عندي في
هذا الوقت من الفتاوى وغيرها وهي بضع وعشرون كتابا فما وجدت فيها من
هذا النقل عينا ولا اثرا فقلت ليت هذا الفاضل نسب الى الكتاب من كتب السلف
التي يقال في حقها . اذا قالت حذام فصدقوها . ثم تأملت فقلت
لعله صادف نقلا صحيحا لانه متصدى للتاليف يبالغ في تصحيح النقل
ولا يسامح فيما نقله على انه كان رحمه الله في عصره زاهدا مشهورا يحترز عن الشبهات
ولقد رأيته مرارا واستفدت منه كرارا قدس الله سره ورحمة الله عليه
وكان والدي مولانا الحاج سنان عليه رحمة الله الملك المنان
ينقل هذا النقل عن استاذه في حال حياته رحمة الله عليهم اجمعين
ويميز الذمي في زيه بكسر الزاء المعجمة الهيئة يعني في الرداء والعمامة وسائر اللباس
ومركبه وسرجه ولا يركب خيلا ولا يعمل بسلاح يعني لا يستعمل السلاح
لكي يكونوا في اعين المسلمين الذين لا يتصلبون في الدين اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا
اليهم ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا بد مما ذكر لاهانتهم فان قيل لم يأخذ النبي صلى الله
عليه وسلم يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة اجيب
بانهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم
فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر الناس من يعرف ومن
لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
فكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم اينما دار عمر فالحق معه كذا في العناية يقول الفقير
فيه بحث لانه قال اولا في تعليله لكي يكونوا في اعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في الدين
اذلاء حتى لا يميلوا اليهم وقال ثانيا ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا بد مما ذكر لاهانتهم
ثم ساق السؤال فلا يكون جوابه في محله وانما يكون في محله لو كان التعليل رفع الاشتباه
بل التعليل الذي ساقه يقتضي الاحتياج الى التمييز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ايضا
لان ضعفة المسلمين في زمنه اكثر لقرب العهد بالجاهلية فيتقوى السؤال قطعا على ان الدليل
الثاني يقتضي وجوب وجود التمييز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده ويمكن الجواب عن البحث
بالتدبر تدبر ويظهر الكستيج عن ابي يوسف رحمه الله الكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع
يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم
وعن عمر رضي الله عنه امر اهل الذمة باظهار الكستيجات كذا في المغرب

ويركب

فيركب سرجا كالاكاف اظهارا للصغار عليهم الاكاف بالكسر ما يقال له بالتركي
والاحوط ان لا يترك ان يركب اصلا الا اذا خرجوا الى الرستاق وزيادة المرض
الى موضع يحتاج اليه وحمل اسرجه بركب للضرورة في بيتي في المجامع قال مولانا الفاضل
سعدي افندي وفي فتاوى الامام التمرتاشي قبيل اخر الكتاب بورقتين تقريبا وفي شرح الحلوائي
ولا يمنعون من ركوب الحمار لانه ذل فيركب من غير ان يضع عليه السرج وكذا لا يمنعون من ركوب البغل
لانه تبع الحمار والبرذون بمنزلة الحمار الا يرى انه يضع عليه الاكاف بخلاف الفرس لان ركوبه عز
وركوب الجمل جمال يمنعون عنه الا عند الحاجة اليهم بان يستعين الامام في المحاربة فلا باس
ان يركبوا وهذا كله اذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم واما اذا وقع الصلح معهم
على بعض هذه الاشياء يتركون على ذلك انتهى ولا يلبس ما يختص اهل العلم والزهد والشرف
تعظيما لهم ولا يقدم وتمييز انساؤه في الطريق والحمام عن انساء المسلمين يعني تميز بالعلامات كالجلاجل
ونحو ذلك ويجعل على داره علامة كيلا يستغفر له يعني كيلا يقف سائل على الباب
ويدعو له بالمغفرة ولا يبدأ بسلام ولكن لا باس برد سلامه بان يقول وعليكم لان بالامتناع
عنه يؤذيهم والرد احسان لهم وتركه اذاهم مندوب ولا يزيد الراد على قوله وعليكم
ولا يقول وعليكم السلام ولو قال في جواب سلام الذمي السلام على من اتبع الهدى جاز
ويضيق عليه الطريق يعني اذا التقى المسلم والذمي في الطريق يجعل المسلم في طرفه الضيق
وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تبدؤهم بالسلام والجؤهم الى اضيق الطريق فاذا
كان لا يبدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق يلزم ان يكون له علامة كيلا يشتبه بالمسلم
فيبدأ بالسلام ولا يضيق عليه الطريق بل يعظم ويتعظم منه وتؤخذ الجزية قائما
والآخذ قاعد ويؤخذ بتلبيبه قال صاحب القاموس اللبيب المنحر كاللبة وموضع
القلادة من الصدر والتلبيب ما في موضع اللبب من الثياب اسم ويهز هزا ويجر
ويقال له اد الجزية يا ذمي او يا عدو الله كل ذلك للاهانة بهم ولاظهار شرف
الاسلام على ما نطق به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ولا ينقض عهده
بالاباء عن الجزية لا باداء ولا بالامتناع عن سائر الديون لا ينقض فكذا هنا ولان سبب
سقوط القتل عنه قبول الجزية لا اداؤها اتفاقا وقبولها باق كما كان كذا في الهداية
والكافي وسائر الشروح قال صاحب النهاية اقول فيه اشكال لان معنى الامتناع
عن الجزية التصريح بعدم ادائها كانه يقول لا اعطي الجزية بعد هذا وظاهر ان ينافي
بقاء الالتزام اللهم الا ان يراد بالامتناع تأخيرها والتعلل في ادائها ولا يخفى بعده
انتهى يقول الفقير الظاهر ان مرادهم هنا لانه ان قال لا اعطي الجزية بعد هذا ينتقض عهده
لا محالة لكن لما شرع لم يفرقوا بينهما وذكروه مطلقا والزموا نقض العهد
بالكلام الاول لا نم قطعا قال صاحب مجمع البحرين بالامتناع عن اداء الجزية الا في رواية
وقال ابن الملك في شرحه وهي رواية الواقعات الحسامي في كتاب الزكاة حيث قال
انا استغلوا في الابتداء عن قبول الذمة يقاتلون فكذا في الانتهاء انتهى يقول الفقير هذه
الرواية احسن اذا كان المراد من الامتناع المعنى الاول فتدبر او بزناه بمسلمة
او قتل مسلما او سبه النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي سب النبي عليه السلام يكون
نقضا لان عقد الجزية خلف عن الايمان في افادة الامان فما ينقض الاصل الاقوى ينقض الخلف
الادنى بطريق الاولى ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر والكفر المقارن لا يمنع عقد الذمة
فالطارئ كيف يرفعه مع ان المنع اسهل من الرفع وايضا قال يهودي لرسول الله
عليه الصلاة والسلام السام عليك فقال اصحابه نقتله فقال عليه الصلاة والسلام لا
رواه البخاري واحمد والزنا بمسلمة وقتل المسلم دون سب النبي عليه السلام
فاذا كان سب النبي عليه السلام لا ينقض العهد فعدم نقضها اولى

قال صاحب التحرير هنا اذا سبه كافر واما اذا سبه عليه السلام او واحدا من الانبياء صلوات الله
وسلامه عليهم مسلم فانه يقتل حدا ولا توبة له اصلا سواء بعد القدرة عليه والشهادة او جاء تائبا
من قبل نفسه كالزنديق لانه حد وجب فلا يسقط بالتوبة لانه تعلق به حق العبد فلا يسقط بالتوبة
كسائر حقوق الآدميين وكحد القذف بخلاف ما اذا سبه سبحانه وتعالى ثم تاب لانه حق الله تعالى
ولان الانبياء عليهم السلام من جنس البشر يلحقهم المعرة والبارى تعالى منزه عن جميع العايب
فلا يلحق به تعالى معرة بسبهم ولكونه حق العبد قلنا اذا شتمه سكران لا يعفى ويقتل ايضا حدا
وهذا مذهب ابي بكر الصديق رضي الله عنه والامام الاعظم رحمه الله واهل الكوفة والمشهور
من مذهب مالك واصحابه قال الخطابي لا اعلم احدا من المسلمين اختلف في وجوب قتله
اذا كان مسلما وقال ابن سحنون المالكي اجمع العلماء ان شاتمه كافر وحكم القتل ومن شك في عذابه
وكفره كفر كذا في الفتاوى البزازية بل ينتقض عهده باللحاق بدار الحرب او الغلبة على موضع
لمحاربتنا لانه يصير حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب وفي
ويصير كالمرتد في الحكم بموته باللحاق كذلك حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي الناقض
للعهد اذا حمل ماله الى دار الحرب يكون ذلك فيئا للمسلمين اذا ظهرنا عليهم كمال المرتد
اذا حمل الى دار الحرب يقول الفقير بقي حكم ماله الذي تركه في دارنا هل هو كحكم مال المرتد
الذي بقي في دارنا ام له حكم اخر لم نجده في الكتب حكم تتبع لكن لو اسر الناقض للعهد
لا يجبر على الاسلام بل يسترق والمرتد يقتل وهذا لان تركه على الكفر جائز وقتله لانه
لانه لم يلتزم الاسلام في الابتداء وانما التزم احكامه بالذمة فلا باس بان يسترق او يعود
الى الذمة بخلاف المرتد فانه لا يسترق ولا يقبل منه الجزية بل يقتل ان اصر على ارتداده
لانه التزم الاسلام مرة ويؤخذ من بني تغلب قبيلة من نصارى العرب وهو بكسر اللام
وبفتح في حال النسبة ويكره والافصح الكسر كذا في البيانية رجالهم بلغ ونسائهم
ضعف الزكاة والاصل فيه ما ذكره ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود
بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر يا امير المؤمنين ان بني تغلب قد علمت
شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رأيت ان
تعطيهم شيئا فافعل فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في
النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان يسقط الجزية من رؤسهم فكل نصراني
من بني تغلب له غنم سائمة ليس فيها شيء حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين
شاة سائمة ففيها شاتان الى عشرين ومائة فاذا زادت واحدة ففيها اربع
من الغنم وعلى هذا الحساب يؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا
وجب على المسلم شيء من ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة
وقال زفر وهو قول الشافعي لا يؤخذ من نسائهم لانه جزية في الحقيقة على ما قال
عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف الى مصارف الجزية و
ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوبه مثل اي مثل
ما وجب بالصلح والصرف في مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية
الا يرى انه لا يراعى فيما اخذ منهم شرائط الجزية من وصفه الصغار بعدم القبول
من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعد والاخذ بالتلبيب والهز على ما مر
قال مولانا الفاضل سعدي افندي ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قال عمر رضي الله عنه
من قوله هذه جزية فسموها ما شئتم فتأمل انتهى لا من صبيانهم لان الصلح
على الصدقة المضاعفة وهي لا تجب على الصبيان ويؤخذ من مواليهم الجزية والخراج اي خراج الارض
كمولى القرشي يعني لا يؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي ويؤخذ من معتقه
وكذلك هاهنا يؤخذ الجزية والخراج من معتق التغلبي وان لم يؤخذا من التغلبي

سب الانبياء

احكام تغلب

وقال زفر نقضا عنه لقوله عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم الا ان مولى الهاشمي
يلحق به في حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا يوضع الجزية
على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات
فالحق المولى بالهاشمي في حقها ولا يلزم مولى الغني حيث لا يحرم عليه الصدقة لان
الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى واما الهاشمي فليس باهل من
اصلا لانه صيانة لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه كذا في الهداية
ويصرف الخراج اي خراج الارض والجزية وما اخذ من بني تغلب او ما اخذ من ارض الحرب اهلها
عنها او ما اهداه اهل الحرب الى الامام او ما اخذ منهم اي من اهل الحرب بلا قتال بان
اخذ بالصلح يقول الفقير والمناسب الواو فيما وقع باو هاهنا تدبر في مصالح المسلمين كسد
الثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان وبناء القناطر جمع القنطرة والجسور
جمع جسر والفرق بينهما ان الاول لا يرفع والثاني يرفع وكفاية العلماء والمدرسين
والمفتين والقضاة والعمال اي العمال على الزكاة والعشور والمقاتلة وذراريهم
اي ذراري العلماء والمدرسين والمفتين والعمال والمقاتلة لان نفقتهم على الآباء فلو لم يعطوا
لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يتفرغون لهذه الاعمال فينسد هذا الباب يقول الفقير
وضمير ذراريهم راجع الى جميع المذكورين كذا في الزر شرح الكنز وكلام صاحب التسهيل
يشير اليه ايضا حيث قال وكفاية قضاة وعمال وعلماء وذراريهم بصرف اليهم
بقدر الكفاية وليس المقاتلة ذكر فيه لكن المفهوم من الهداية وشروحها والكافي
ومجمع البحرين وشرحه والمختار والاختيار ان الضمير راجع الى المقاتلة فقط تتبع
واما سد الثغور وبناء القناطر والجسور فمصلحة عامة واما ارزاق العلماء والمدرسين
والمفتين والقضاة والعمال فلانهم عملوا للمسلمين فيجب كفايتهم عليهم والمقاتلة
يقاتلون لنصرة الاسلام والمسلمين واعزاز كلمة الدين فيجب على الامام والمسلمين
كفاية جميعهم وكفاية ذراريهم وهذا المال معد لنوائب الاسلام والمسلمين فيصرف اليهم
ومن مات منهم في نصف السنة حرم من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي
عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت قال صاحب العناية وكذا لو مات في
آخر السنة لا يورث لانه صلة فلا تملك الا بالقبض وانما وضع المسألة في نصف السنة
لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه وقال صاحب البيانية والزيلعي
[illegible] ما اذا مات بعد تمام السنة قبل ان يقبضها حكم والصحيح من الجواب فيه انه
لا يصير ميراثا ايضا لان استحقاق العلماء بطريق الصلة والصلات لا تتم الا بالقبض
وان ثبت الاستحقاق قبل القبض فاذا مات لم يخلفه وارثه بمنزلة حق الاخذ
بالشفعة وهو نظير ما قال علماؤنا في الذمي اذا مات بعد وجوب الجزية عليه قبل
الاداء انه لا يستوفى من تركته لان ذلك في حق المجاهدين صلة فاذا كان يموت
من عليه قبل الاداء يسقط ما هو عليه وان ثبت الاستحقاق فكذلك بموت
من له يسقط ما هو له وان ثبت الاستحقاق وقال صاحب الدرر ذكر في الذخيرة
امام المسجد اذا رفع الغلة وذهب قبل مضي السنة لا يسترد منه غلة بعض السنة والعبرة
لوقت الحصاد فاذا كان الامام وقت الحصاد يؤم في المسجد يستحق فصار كالجزية
وموت القاضي في خلال السنة وفي فوائد صدر الاسلام طاهر بن محمود قرية فيها
اراضي الوقف على امام المسجد يصرف اليه غلتها وقت الادراك فاخذ الامام الغلة
وقت الادراك وذهب من تلك القرية لا يسترد منه حصة ما بقي من السنة وهو نظير موت
القاضي وعزله لا يسترد الكل ما بقي من السنة ان كان فقيرا وكذلك الحكم في طلبة العلم
في المدارس وفي فوائد صاحب المحيط المؤذن والامام اذا كان لهما وقف فلم يستوفيا حتى
ماتا فانه يسقط لانه في معنى الصلة وكذلك القاضي وقيل لا يسقط لانه كالاجرة انتهى ما ذكره صاحب الدرر

باب المرتد

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي ذكر هنا الباب احكام الكفر الطاري لان الطاري بعد الاصلي
من ارتد والعياذ بالله سبحانه يعرض الاسلام عليه وتكشف شبهته ان كانت لانه عساه
اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام
على المرتد هكذا روي عن عمر رضي الله عنه لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة
كانت باعتراض شبهة فان استمهل اي طلب المهلة حبس ثلاثة ايام ولا يزاد على الثلاثة فان تاب
فيها والا اي وان لم يتب قتل قال صاحب البناية روي عن عمر رضي الله عنه ان رجلا جاء اليه
من قبل ابي موسى الاشعري رض فقال عمر رضي الله عنه هل من مغربة خبر قال نعم رجل ارتد عن الاسلام
فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب
ثم قال اللهم اني لم آمر ولم ارض اذ بلغني ولان الظاهر انه طلب الاسلام بعد معرفة
محاسنه ووقوعه في الكفر لشبهة معترضة فزال شبهته بعرض الاسلام عليه لكن العرض مستحب
لا واجب لان المرتد كافر بلغته الدعوة والكافر اذا بلغته لا يجب تجديد العرض عليه بل
يستحب فكذا هنا وفائدة الاستحباب حل قتله قبل العرض واما وجوب القتل فلقوله تعالى
تقاتلونهم او يسلمون قال بعض المفسرين نزلت هذه الآية في حق الذين ارتدوا
ونقل الناطفي فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر ثم فعل ذلك ثلاث مرات
وفي كل مرة طلب من الامام التأجيل ثلاثة ايام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التأجيل
فانه لا يؤجل فان اسلم والا قتل وقال الكرخي فان رجع ايضا عن الاسلام فان جاء الامام بعد
ثلاثة استتابه ايضا فان لم يتب قتله ولا يؤجله وان هو تاب ضربه ضربا وجيعا
ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله
حال انسان قد اخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعدما خلى سبيله فعل به مثل ذلك
ابدا ما دام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا ان يابى ان يسلم وهذا قول اصحابنا جميعا ان
المرتد يستتاب ابدا وروي عن علي وابن عمر رضي الله عنهم انه لا يقبل توبته بعد مرة الثالثة
لانه يستخف ويستهزئ وليس بتائب يعنيه قوله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا
ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم وجه قول العامة ان الآية في حق من ازداد كفرا
لا في حق من آمن واظهر التوبة ويدل على هذا اطلاق قوله تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام
لست مؤمنا وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال امرت ان اقاتل الناس
حتى يقولوا لا اله الا الله انتهى ما في البناية فان قيل تقدير المدة هاهنا بثلاثة ايام نصب
الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم
بدلالة النص كان ورد النص في خيار البيع ثلاثة ايام وورد فيه لان التقدير بثلاثة
ايام هناك انما كان للتأمل والتقدير بها هنا ايضا للتأمل بل الاحتياج الى التأمل اقوى
قال مولانا سعدي افندي اقول فيه تأمل لان المهلة في الخيار لدفع احتمال الغبن وهو
مفقود في المرتد مع ان مدة الخيار عندهما غير منحصرة بثلاثة انتهى يقول الفقير يمكن
ان يقال ان المهلة فيه لدفع احتمال الغرور بالشبهة العارضة كما انها في البيع لدفع
احتمال الغرور بسبب الغبن وتوبته بالتبري عن كل دين سوى الاسلام بعد الاتيان
بالشهادتين او عما انتقل اليه لحصول المقصود قال الكاكي وفي النية والتوبة ان يتبرأ
منه ورجعت الى دين الاسلام وانا بريء من كل دين سوى دين الاسلام والاقرار بالبعث
والنشور مستحب انتهى وسئل عن ابي يوسف عن المرتد كيف يستتاب
فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ
من الذي انتقل اليه وان شهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال لم ادخل في هذا
الدين قط وانا بريء منه فهو توبة ايضا وقتله قبل العرض ترك ندب لا ضمان فيه لان الكفر
مبيح القتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب كما عرفت

السكاكي

فيزول ملكه

فيزول ملكه اي ملك المرتد بردته زوالا موقوفا فان اسلم عاد الى ملكه عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه ولا تأثير
للردة الا في اباحة دمه لان زوال الملك كما يقتضيه بالرجم والقود وهذا لانه مكلف محتاج فيبقى
ملكه ما دام حيا وله ان المالكية عبارة عن القدرة وهذا حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل
ولا قتل الا بالحراب فكان القتل هنا مستلزما للحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح القتل ولهذا
لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل
فلا بد من لازمه وهو كونه حربيا وهو اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال الملك
والمالكية لان المقهورية امارة المملوكية واذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم
ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك مح غير انه مدعو الى الاسلام بلا اجباره
وعوده الى الاسلام مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية فبالنظر الى الاول وهو مقهور تحت
ايدينا يزول ملكه وبالنظر الى الثاني وهو انه مدعو الى الاسلام وعوده الى الاسلام مرجو
لا يزول فتوقفنا في امره وقلنا يزول موقوفا فان اسلم قبل العارض كان لم يكن في حق
هذا الحكم وصار كان لم يزل فلم يعمل السبب وان مات او قتل او لحق بدار الحرب وحكم
استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه وعتق مدبروه وامهات اولاده وحلت
ديونه التي عليه لان من مات او قتل يصير ديونه المؤجلة حالة وباللحاق يكون في حكم
الميت عندنا وقال الشافعي في لحوقه بدار الحرب يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة
فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق
احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا ان
لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته
الحكمي ثبت الاحكام المتعلقة به يعني عتق مدبريه وامهات اولاده وحلول دينه وغير ذلك
وكسب اسلامه يعني ما اكتسبه في حال اسلامه لوارثه المسلم وكسب ردته يعني
ما اكتسبه في حال ردته فيء وهذا عند ابي حنيفة وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات كافرا
والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال الحربي لا امان له فيكون فيئا ويقضي دين اسلامه من كسب اسلامه
ودين ردته من كسبها قال صاحب الهداية وهذا رواية عن ابي حنيفة وعنه وهو رواية
عن ابي حنيفة انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضي من كسب الردة وعنه وهو
رواية ابي يوسف على عكسه وهو ان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة وجه قول الاول
ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي
وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم
وجه قوله الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه
الخلافة الفراغ من حق المورث فيقدم الدين على الارث واما كسب الردة فليس مملوكا له
لبطلان اهلية الملك بالردة فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فح
يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين
يقضى منه وكذلك هاهنا ووجه قوله الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فح يقضى من كسب الاسلام
تعذرا بالغنم وهنا في المنح بحثه من اوجه مع جواب كل منها ان شئت فراجعه
ولو وقف بيعه وشراؤه واجارته وهبته ورهنه وعتقه وتدبيره وكتابته ووصيته
لان جميعها يقتضي الملك المرتد وقد قال الامام يزول ملكه موقوفا فان اسلم صحت هذه
التصرفات وان مات حتف انفه او قتل او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطلت هذه التصرفات
وقالا لا يزول الملك عن ماله وعندهما ولاء لما سبق فلا نعيده ويقضي دينه مطلقا
سواء كانت ديون الاسلام او ديون الردة من كلا كسبه اي كسب الاسلام وكسب الردة
لانهما ملكه جميعا حتى الارث فيهما وكلاهما لوارثه المسلم لان ملكه في الكسبين
باق على ما بيناه انه مكلف محتاج الى آخره فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته

از الردة سبب الموت فيجعل كانه اكتسبه في حال الاسلام يعني جعل الشرع السبب هو الجزء
المتقدم على الردة بزمان لئلا يلزم توريث المسلم من الكافر وقال ابو حنيفة انه يمكن الاستناد
في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه
وجوده قبلها فالحاصل انا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر
ولا يكون بعده وذلك لا يجوز ومحمد اعتبر كونه وارثا عند اللحاق لانه السبب الحادث
والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وابو يوسف عند الحكم به اي باللحاق لانه يتقرر لا بمجرد اللحاق
وبه يصير اللحاق موتا وفي رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر يعتبر توريثه يوم ارتد لانه السبب للارث
وتصح تصرفاته من البيع والشراء والاجارة والهبة والرهن والعتق والتدبير والكتابة
والوصية عندهما لانه لا يزول الملك عندهما ولا تتوقف غير المفاوضة لانها تقتضي المساواة
في الدين ولا دين له لكنه يحتمل الرجوع فلهذا تتوقف بالاتفاق ان اسلم صحت والا بطلت
لكن كتصرف الصحيح عند ابي يوسف يعني يصح تصرفاته كتصرف الصحيح عند ابي يوسف حتى
يعتبر تبرعاته من جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة
وكتصرف المريض عند محمد حتى يعتبر تبرعاته من الثلث لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا
عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل كذا في الهداية
قال صاحب غاية البيان يقال انتحل فلان قول غيره او شعر غيره اذا ادعاه لنفسه
والنحلة بكسر النون وسكون الحاء الدعوى والمعنى من انتسب الى دعوى لا سيما معرضا عما
نشأ عليه الخ ويصح اتفاقا استيلاده وطلاقه اما الاستيلاد فلانه لا يفتقر الى حقيقة الملك
فلو علقت جاريته فادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية
ام ولد له لان حقه في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح فكذلك
استيلاده حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك واما الطلاق
فلانه لا يفتقر الى تمام الولاية لانه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فكذا هنا
فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق فيه قلنا اجيب
بان هذا ليس بممتنع لان النكاح لما انفسخ بالردة كانت المرأة معتدة فان طلقها
يقع وكذا اذا ارتدا معا فطلقها فاسلما معا فان النكاح لم ينفسخ فيقع الطلاق
ويبطل نكاحه وذبيحته اتفاقا لان كل واحد منهما يعتمد الملة ولا ملة له لانه ترك ما كان
عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل وههنا استشكال ذكره صاحب العناية مع
جوابه ان شئت فراجعه وتتوقف مفاوضته لما ذكرنا يقول الفقير فهم هنا
مما تقدم من قوله ولا تتوقف غير المفاوضة ليت شعري لم ذكره ثانيا مع عدم الفائدة المعتد بها
من تكراره ثم الحاصل ان تصرفات المرتد انواع نافذ اتفاقا كالاستيلاد والطلاق
وباطل اتفاقا كالنكاح والذبيحة وموقوف اتفاقا كالمفاوضة ومختلف في
توقفه ونفوذه وهو ما عدا ما ذكر من البيع والشراء والاعتاق والهبة ونحو ذلك [margin: ارز الاجارة والرهن والتدبير والكتابة والوصية نخ]
وترثه امرأته المسلمة ان مات المرتد او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت
الردة لانها سبب للهلاك كالمرض فاشبه ردة التي حصلت البينونة بالطلاق
في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض ... [illegible] بالارث اذا مات في العدة فكذا هنا
وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه اخذ ما وجده باقيا في يد وارثه لان الوارث
انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل الحرب واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم على
الوارث لكن قال صاحب الكافي ولكن انما يعود الى ملكه بقضاء او برضاء قال شمس الائمة
الحلواني ولو كان هذا بمنزلة حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه
هكذا الا انه خلاف العادة كذا في العناية واما اذا ازاله الوارث عن ملكه فعاد
مسلما لا يأخذ قيمته لانه ازاله في وقت كان له سبيل الى ازالته لانه صار له بقضاء القاضي
بكونه ميتا ولا ينقض عتق مدبره وام ولده فانه لا سبيل له عليها لان القضاء بعتقها

فتح

فتح بدليل صحيح وهو قضاء القاضي باللحاق عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له
ان يميته حقيقة فاذا خرج من ولايته كان له ان يميته حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية
نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض وصار كما لو مات حقيقة ثم احياه الله تعالى
وان عاد الى دار الاسلام قبله اي قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يرتد ولم يزل مسلما
فامهات اولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون الا بقضاء القاضي وما كان عليه من الدين
فهو الى اجله كما كان وما وجد من ماله بعينه في يد وارثه يأخذه بغير قضاء ورضاء و
يضمن ما اتلفه لما ذكرنا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي كذا في شرح الكنز
والمرأة المرتدة لا تقتل وقال الشافعي تقتل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه
فاقتلوه وهذا يعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه
ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة وكل ما هو جناية متغلظة
يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان
يشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب
الخمر قال صاحب العناية وفيه نظر لانه اثبات ما يندرئ بالشبهات بالرأي ولنا انه
صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء بما روى ابو يوسف عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام
ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه ولان الاصل تأخير الاجزية الى
دار الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو اظهار علم لان الناس يتقون خوفا
من لحوق الجزاء في الدنيا فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء وما عجل في الدنيا
شرع لمصالح تعود الينا كالقصاص وحد القذف وحد الزنا والسرقة وشرب الخمر
وهي صيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول فاذا كان الاصل تأخير
الاجزية الى دار الاخرة كان القياس في الرجل الذي ارتد ان يؤخر جزاؤه الى دار الاخرة لكن
عدل فيه عنه لدفع شر وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك
بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالكافرة الاصلية وهي لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها لمجرد
الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها
والجواب عما روى الشافعي انه ليس بمجرى على ظاهره لان من بدل دينه من اليهودية الى النصرانية
او من النصرانية الى اليهودية او من الكفر الى الاسلام لا يقتل مع وجود التبديل فعرفنا
انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى مع انه يلزم التوفيق بينه
وبين ما رويناه لان راوي الحديثين معا ابن عباس رضي الله عنهما مع انا لا نسلم الاشتراك
في العلة لان العلة ليست مطلق الكفر بل الكفر المفضي الى الحراب كما بينا بل تحبس
حتى تتوب لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس
كما في حقوق العباد وتضرب كل ايام قال صاحب الكافي وروى الحسن عن ابي حنيفة
انها تخرج في كل يوم وتضرب تسعة وثلاثين سوطا حتى تموت او تسلم هذا اذا كانت
حرة والامة التي ارتدت يجبرها على الاسلام مولاها يعني اذا ارتدت الامة دفعت
الى مولاها وامر القاضي ان يجبرها على الاسلام اما الجبر فلما ذكرنا انها امتنعت
عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار واما الدفع الى المولى لجبرها فلان فيه الجمع بين الحقين
الجبر والاستخدام قال صاحب البناية وفي الاصل شرط احتياج المولى الى
خدمتها ولم يشترط في الجامع الصغير والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج المولى الى خدمتها
او استغنى وكذلك لا يشترط طلب المولى ايضا فان قلت للمولى حق الاستخدام
في العبد والامة جميعا فكيف دفعت الامة الى المولى دون العبد قلت لان
العبد يقتل اذا ابى فلا فائدة في الدفع اما الامة فلا تقتل ولكنها تجبر على الاسلام

والمولى يقدر على جبرها مع استغنائها ثم المرتدة انما تسترق اذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت
ويجبر مع ذلك على الاسلام وما دامت في دار الاسلام لا تسترق وروي عن ابي ح انها تسترق
وان كانت في دار الاسلام بخلاف المرتد فانه لا يسترق وان لحق بدار الحرب قال
وينفذ جميع تصرفها في مالها لانها لا تقتل فلم يكن بملكها بان يكون تصرفها في خالص حقها لان عصمة
تبع لعصمة النفس وعصمة نفسها لم تزل وجميع كسبها سواء كان كسب الاسلام او كسب الردة
لوارثها المسلم اذا ماتت او لحقت بدار الحرب اذ ملكها ثابت في جميع كسبها لما بينا
فينتقل الى وارثها المسلم ويرثها زوجها ان ارتدت مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار
الزوج انما يتحقق اذا ماتت وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها
الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج
ووجه الاستحسان انها قصدت ابطال حقه فيرد عليها قصدها وبيانه ان حقه تعلق
بمالها بمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب
الزوج لا ان ارتدت صحيحة فانه لا يرثها لانها ثابت بنفس الردة فلم تصر مشرفة على الهلاك
لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا تكون في حكم الفارة المريضة فلا يرثها زوجها وقاتلها
بعمد فقط يعني لو قتلها انسان لا شيء عليه لانه اهدرها اطلاق النص وهو قوله عليه السلام
من بدل دينه فاقتلوه وهذا مذهب جماعة من العلماء لكن يؤدب ويعزر لكونه فضوليا فيما فعل
وسائر احكامها اي احكام المرتدة كالرجل المرتد فان ولدت امة ابن المرتد
يقول الفقير الظاهر ان ولدت امة بالواو لانه لا وجه لتفريعها على قوله وسائر احكامها كالرجل
بل هي مسئلة مستقلة منه تبرع فادعاه ثبت نسبه منه وامويتها اي كون الامة ام ولد له
والولد حر تبعا لامه لان الولد يتبع خير الابوين دينا ويرثه اي يرث هذا الولد من ابيه المرتد
ان مات على الردة او لحق بدار الحرب لان مسلم يرث المرتد مطلقا اي سواء كان بين الارتداد
والولادة اقل من ستة اشهر او اكثر ان كانت الامة مسلمة وكذا ان كانت نصرانية
الا ان ولدته النصرانية لاكثر من نصف حول منذ ارتد لان الولد يتبع الاب هنا
لان الاب يجبر على الاسلام فيكون اقرب الى الاسلام من النصرانية والمرتد لا يرث المرتد
وان لحق المرتد بماله بدار الحرب فظهر عليه فهو اي ماله فيء دون نفسه ويجوز ان يكون
المال فيئا دون نفسه كشيء في الحرب فان لحق بغير مال ثم رجع فذهب اي بماله
فظهر عليه فهو اي المال الذي ذهب به بعد رجوعه لوارثه ان وجد قبل القسمة
والفرق ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي فهو فيء لا محالة والثاني انتقل
الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث بالكافر يا اذا وجد ماله في الغنيمة
قبل القسمة اخذه مجانا وان لم يكن القاضي حكم بلحاقه ومسئلة بحالها فيء في ظاهر الرواية
يرد الى الورثة ايضا لانه لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض
روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء كذا
في العناية يقول الفقير بقي حكم ما اذا وجد ماله بعد القسمة ولم يبينه صاحب العناية
ولا اصحاب الكتب التي عندنا الا صاحب الكافي فانه قال وان وجده بعد القسمة
اخذه بالقيمة ولكن لم يبين حكم ما اذا هلك او كان مثليا الا قيميا في الكافي [illegible]
وان لحق بدار الحرب فقضي بعبده لابنه فكاتبه الابن فجاء المرتد مسلما فبدل الكتابة والولاء له
والكتابة جائزة اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى ابطالها لنفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي
باللحاق بعد ذلك واما ان يبقى الكتابة ملكا للاب او ينتقل الى الاب سبيل الاول لان الكتابة
لا تقبل الرقبة وقد كان الرقبة ملكا له اخذها وكذا يعود الى بعينه والى الثاني لان الكتابة
لا تقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان الوكالة خلافه فكانه
في كتابة عبده وحقوق العقد في عقد الكتابة ترجع الى الموكل واما ان الولاء للاب الذي له حكم ملك الولاء لمن اعتق
والمعتق لا يحصل بعد اداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع قبل اداء بدل الكتابة لان الملك كان لم يتوفاه

وان قتله

ومن قتله مرتد خطأ فقتل على ردته او لحق بدار الحرب فديته اي دية المقتول في كسب الاسلام
خاصة عند ابي ح وقالا في كسبه مطلقا اي في كسب الاسلام والردة اما ان الدية
في ماله في قولهم جميعا فلان العواقل لا تعقل المرتد لا نعدام التناصر يعني ان التعاقل انما يكون
باعتبار التناصر واحد لا ينصر المرتد فيكون الدية في ماله كسائر ديونه لكن يقول ابو ح
ماله هو كسب الاسلام لنفوذ تصرفه دون الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه
والثاني فيئا عنده وهما يقولان الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري
الارث فيهما عندهما ومن قطعت يده عمدا فارتد العياذ بالله منه ومات على ردته منه اي من
القطع او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما ومات منه اي من القطع فنصف ديته لورثته
في مال القاطع اما في الاول فلان قطع اليد حصل حال العصمة لليد لكن السراية حلت محلا
غير معصوم فاعتبر القطع لا السراية فيجب نصف الدية في مال القاطع لان العاقلة لا تعقل
العمد ولم يجب القصاص بشبهة الارتداد واما في الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا
قضى القاضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة جديدة
في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى وهو القصاص فيجب نصف الدية ايضا واذا لم
يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه وعن هذا قال وان اسلم بدون
لحاق بدار الحرب اي بدون القضاء باللحاق فمات منه اي من القطع فتمام الدية
عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد وهو قول زفر ايضا نصفها لان اعتراض
الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطعت يد مرتد فاسلم
سواء مات من القطع او لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد
في الثاني بناء على ان الاهدار لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية
وردت على محل معصوم لان الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم
لان الفرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة ومكاتب
ارتد فلحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ اي اسر بماله وقتل فبدل الكتابة لمولاه
والباقي لورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا
كان مكاتبا واما عند ابي ح فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والردة لا
تؤثر في الكتابة فكذا لا تؤثر في اكساب المكاتب زوجان ارتدا فلحقا يقول الفقير
المناسب ولحقا بالواو تنبيه فولدت المرأة ثم ولد للولد فظهر عليهم فالولدان فيء
يعني اذا ارتد الرجل وامرأته العياذ بالله منه ولحقا بدار الحرب فحبلت فيها وولدت ولدا
ثم ولد لولدهما ولد فظهر عليهم فالولدان فيء كذا في الهداية اما الولد الاول فلان الام مرتدة
والمرتدة تسترق فيتبعها ولدها في الاسترقاق واما ولد الولد فلانه كافر اصلي ولا
شبهة في استرقاقه قال الاتقاني وتقييد صاحب الهداية قوله فحبلت المرأة بقوله
في دار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار الحرب فالحكم كذلك
لكن قال صاحب العناية وصاحب الكافي لعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان
في دار الحرب ابعد من الاسلام واذا كان في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار الدار
لكون الدار جهة في الاستتباع فيكون الجبر ثم دليلا على الجبر هنا بالطريق الاولى
يقول الفقير ولقد احسن المصنف حيث ساق المسئلة مطلقة بترك هذا القيد
ويجبر الولد على الاسلام لان الاولاد يتبعون الآباء في الدين فيجبر على الاسلام
كما يجبر ابوه عليه لا ولده اي ولد الولد الاول في ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما تبعا لجده
كان تبعا لجد جده فيكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام ولو كان
تبعا لابيه وهو تبع فكان التبع مستتبعا لغيره وروى الحسن عن ابي ح
انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفريع والتفريع ثابت في حق الجد
ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير

بالواو والحقا المناسب تبرتم [illegible]

ثم انهم قالوا وهنا اربع مسائل في كلها الجد كالاب في ظاهر الرواية وليس كالاب في غير ظاهر الرواية
احديها هذه فان الجد فيها كالاب في رواية الحسن وليس كالاب في ظاهر الرواية
والثانية صدقة الفطر في رواية الحسن يؤدي الجد صدقة الفطر عن حافده اذا لم يكن له
ولابيه مال وكان الجد موسرا وفي ظاهر الرواية لا يؤدي والثالثة جر الولاء يعني اذا
تزوجت معتقة عبدا فولدت ولدا فولاء الولد لموالي الام فان اعتق الاب جر ولاء ولده
الى مواليه وان لم يعتق الاب وعتق الجد ففي رواية الحسن يجر الجد ولاء حافده الى مواليه
وفي ظاهر الرواية لا والرابعة الوصية للقرابة يعني اذا اوصى رجل لذوي قرابته لا يدخل
الولدان فيها وهل يدخل الجد اولا ففي رواية الحسن لا يدخل وفي ظاهر الرواية يدخل
كذا في الكافي وشرح الهداية واسلام الصبي العاقل صحيح عند ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف
ومحمد فلا يرث ابواه ان كانا كافرين وكذا ارتداده صحيح فيبطل نكاحه ويحرم من الميراث
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فانه يقول ارتداده ليس بارتداد وقال زفر والشافعي
اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لان الصبي الذي يعقل تبع لابويه في الاسلام
فلا يجعل اصلا يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ
التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف واحد المتنافيين
وهو الاسلام بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفي الاخر ضرورة ولنا ان عليا رضي الله عنه
اسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور
حيث قال سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان الحلم قال صاحب الكافي
والتعلق به مشكل اذ لم ينقل انه عليه السلام صحح اسلامه في احكام الدنيا من حرمان
الميراث ووقوع الفرقة ان قلت صحح اسلامه في احكام الاخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه
انما الكلام في احكام الدنيا فان قيل حكم مطلقا انصرف اليهما قلنا هو حكاية
حال فلا عموم لها قال مولانا الفاضل سعدي افندي في تعليقاته على الكافي
اجيب بانه صلى الله عليه وسلم صحح صلاته وصومه وغزوه حتى اعطاه السهم فعلم انه صحح
في احكام الدنيا ايضا انتهى واختلفت الروايات في سنه كرم الله وجهه حين اسلم وحين
قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة
لان النبي صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاسلام في اول بعثته ومدة البعث ثلاث وعشرون
سنة والخلافة بعده ثلاثون سنة انتهت بموت علي رضي الله عنه فاذا ضمت خمس
الى ثلاث وعشرين صار ثمانا وعشرين واذا ضمت مدة الخلافة وهي ثلاثون سنة
اليها صار جميعها ثمانا وخمسين وقال الشعبي اسلم وهو ابن سبع سنين ومات
وهو ابن ستين ولنا ايضا انه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق بالجنان
والاقرار باللسان والاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد وهو من اهله فوجب ان
لا يرد كالبالغ وهذا لان الاهلية انما تثبت بالعقل والتمييز والفرض انه صبي عاقل
واذا صح اسلامه صح ردته لان مبنى كليهما الاعتقاد وهو مبني على العقل والانسان يجب
صار معلوما عليه لقصور اهليته وصار ولياً لكونه صاحب اهل الاهلية فلا يبتنى عليه ولابي يوسف
ان ردته ضار محضة والصبي ليس اهلا لها كالهبة بخلاف الاسلام فانه يتعلق به سعادة ابدية ونجاة
عقباوية فيكون من اجل المنافع المحضة ويجبر الصبي المرتد على الاسلام لان فيه نفعه ولا يقتل لانه
لا عقوبة وهو ليس من اهلها على انها موضوعة عن الصبيان رحمة عليهم قال صاحب العناية ولا يقتل وان ادرك كافرا
ويحبس وعلل عدم قتله في المبسوط بانه لتمكن الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر وارتداده انتهى
ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده ولا اسلامه وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل قال صاحب الاختيار وردة
السكران ليست بشيء استحسانا واسلامه صحيح لانه يحتمل ان يكون عن اعتقاد او لا والاسلام يحتاط في اثباته والكفر
في نفيه فافترقا وروي بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الصبي ابواه مسلمان كبر كافرا ولم يسمع منه الاقرار بالاسلام
بعدما بلغ قال لا يقتل ويجبر على الاسلام وانما يقتل من اقر بالاسلام بعدما بلغ ثم كفر انتهى

باب البغاة

اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلته وجوده والبغاة جمع الباغي كالقضاة جمع القاضي
وهو جمع مخصوص بالناقص واصلاحه مبين في علم التصريف اذا خرج قوم
مسلمون عن طاعة الامام وتغلبوا على بلد دعاهم الامام الى العود الى الطاعة وكشف
شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين
فلعل الشر يندفع به روي ان عليا كرم الله وجهه دعا الخوارج اولا
حيث بعث ابن عباس رضي الله عنهما اليهم فناظرهم في ذلك وتفصيله ما قال صاحب
العناية ثم ينبغي لك ان تعرف شيئا من بيعة علي ومقاتلة معاوية رضي الله عنهما وارضاهما
قال ابو عبد الله محمد بن سعد مصنف كتاب الطبقات الكبير
قالوا قتل عثمان رضي الله عنه يوم الجمعة لثماني عشر ليلة مضت من ذي الحجة سنة خمس
وثلثين وبويع لعلي بن ابي طالب كرم الله وجهه بالمدينة الغد من يوم قتل عثمان رضي الله عنه
بالخلافة بايعه طلحة والزبير وسعد بن ابي وقاص وسعيد بن زيد وعمار بن ياسر و
اسامة بن زيد وسهل بن حنيف وابو ايوب الانصاري ومحمد بن مسلمة وزيد بن ثابت
وخزيمة بن ثابت وجميع من كان بالمدينة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم ذكر طلحة والزبير انهما بايعاه كارهين غير طائعين وخرجا الى مكة وكانت
عائشة رضي الله عنها خرجت من المدينة الى مكة لحاجة ثم خرجا من مكة ومعهما عائشة
الى البصرة يطلبون دم عثمان فبلغ الخبر عليا فخرج من المدينة الى العراق وخلف
بالمدينة سهل بن حنيف ثم كتب اليه ان يقدم عليه وولى المدينة ابا حسن المازني
فنزل ذا قار وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي الى اهل الكوفة يستنفرهم للمسير
فقدما عليهم فساروا معهما الى البصرة ثم لقي طلحة والزبير وعائشة ومن كان معهم من اهل
البصرة وغيرهم يوم الجمل في جمادى الاخرة سنة ست وثلثين فظفر بهم وقتل يومئذ
طلحة والزبير وغيرهما حتى بلغت القتلى ثلاثة عشر الف قتيل فاقام علي رضي الله عنه
بالبصرة خمس عشرة ليلة ثم انصرف الى الكوفة ثم خرج يريد معاوية بن ابي سفيان
ومن معه بالشام فبلغ ذلك معاوية فخرج اليه فيمن معه من اهل الشام فالتقوا
بصفين في صفر سنة سبع وثلثين فلم يزالوا يقتتلون اياما وقتل بصفين عمار بن ياسر
وخزيمة بن ثابت وابو عمرة المازني وكانوا مع علي كرم الله وجهه ونشر
اهل الشام المصاحف يدعون الى ما فيها وكانت مكيدة من عمرو بن العاص
اشار بذلك على معاوية وهو معه فكره الناس الحرب وتداعوا الى الصلح وحكموا
حكمين حكم علي ابا موسى الاشعري وحكم معاوية عمرو بن العاص وكتبوا بينهم
كتابا على ان يوافوا راس الحول باذرح فينظرا في امر هذه الامة فافترق الناس
فرجع معاوية بالالفة من اهل الشام وانصرف علي الى الكوفة بالاختلاف والدغل
وخرجت عليه الخوارج من اصحابه ومن كان معه وقالوا لا حكم الا لله وعسكروا
بحروراء فبذلك سموا الحرورية فبعث اليهم علي رضي الله عنه عبد الله بن عباس
فخاصمهم وحاجهم فرجع منهم قوم كثير وثبت قوم على رايهم وساروا الى النهروان
فعرضوا للسبيل وقتلوا عبد الله بن خباب فسار اليهم علي رضي الله عنه فقتلهم
بالنهروان في تلك سنة ثمان وثلثين ثم انصرف علي كرم الله وجهه الى الكوفة
ثم كان من امرهم ما كان الى ان استشهد كرم الله وجهه ورضي الله عنه انتهى
ما ذكره صاحب البيانية قال صاحب العناية ودعوة الامام اياهم وكشف شبهتهم
قبل القتال بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى العود
لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم في ذلك كاهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة

بما هم الامام بالقتال لو تحيزوا اى تخذوا حيزا مجتمعين فى ذلك الحيز وقال الشافعى
لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف
الكافر لان نفس الكفر مبيح ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا
لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم
وقيل لا يبدأ بقتالهم ما لم يبدؤا وهذه رواية القدورى والرواية الاولى مختار الامام
المعروف بخواهر زاده والدليل على جواز قتالهم قوله تعالى فان بغت احديهما على الاخرى
فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء الى امر الله وان عليا كرم الله وجهه قاتلهم بمحضر من
الصحابة من غير نكير منهم فحل محل الاجماع وان فى اجتماعهم مفسدة عظيمة فيجب بالقتال
تفريقهم دفعا لها والذى روى عن ابن عمر وغيره من الصحابة من قعودهم عن نصرة الامام
فمحمول على عدم قدرتهم على القتال او انهم رأوا الامام مكتفيا بمن معه مستغنيا
عنهم باصحابه فاستجازوا القعود عنه لذلك وان كان لهم فئة يرجعون
اليها اذا ضاقت عليهم الارض بما رحبت اجهز على صيغة المبنى للمفعول اى اجهزت على الجريح على صيغة المبنى للفاعل اذا اسرعت قتله واتممت عليه
على جريحهم والتفعيل بمعنى المفعول ليكون المعنى اسرع واتم القتل على مجروحهم
واتبع على صيغة المبنى للمفعول ايضا على موليهم اى بعرضهم منا كيلا يلتحقوا بهم
ويصير جريحهم ثم يكون حربا علينا لان الواجب علينا ان نقاتلهم حتى يعودوا
الى الحق فلو تركناهم والحالة هذه جاز ان يلحقوا بفئتهم فيعودوا الى قتالنا
والا وان لم يكن فئة كذلك فلا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لان جواز القتل
كان لاجل الخوف ولا خوف لعدم الفئة فلا يقتل لكونه مسلما وقال الشافعى
لا يجوز ذلك فى الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكر
ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى ذريتهم لان الاسلام يعصم النفس والذرارى
ولا يقسم مالهم لانه يعصم المال ايضا لكن يحبس مالهم حتى يتوبوا تضييقا عليهم وكسرا
لشوكتهم فيرد عليهم مالهم اذا تابوا لزوال الموجب للحبس وكذا اسيرهم لا يقتل
اذا لم يكن لهم فئة لقول على رضى الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر
ولا يؤخذ مال وقوله ولا يكشف ستر اى لا نسبى نساؤهم لا انه روى ان اصحاب
على كرم الله وجهه سألوه القسمة فقال على فاذا قسمت فلمن تكون عائشة رضى الله عنها
فبهتوا وعلى رضى الله عنه هو القدوة فى هذا الباب يعنى فى باب قتال الخوارج
كذا فى العناية واما اذا كان لهم فئة يقتل الامام الاسير ان شاء وان شاء حبسه
جاز استعمال سلاحهم وخيلهم عند الحاجة وقال الشافعى لا يجوز لانه مال مسلم
فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا كرم الله وجهه قسم السلاح
بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك وان للامام ان يفعل ذلك
فى مال العادل عند الحاجة ففى مال الباغى اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى
لدفع الاعلى وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لا يجب شيء لانه لا ولاية للامام العادل
عليهم حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل فى دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل
بعض اهله اى اهل المصر رجلا آخر منه اى من اهل المصر عمدا قتل به قصاصا
اذا ظهر على المصر قال صاحب الهداية وتأويله اذا لم يجر على اهل المصر احكام
اهل البغى وازعجوا قبل ان يجروا احكامهم على اهل المصر
لانه لا ينقطع ولاية امام اهل العدل عن اهل المصر فلهذا يجب القصاص
واما اذا اجروا فيها احكامهم فقد انقطعت ولاية امام اهل العدل عنهم فلا يجب شيء
وان قتل عادل مورثه الباغى ورثه فلا يمنع القتل الارث لان العادل انما قتل
الباغى او هالكا لا باثم ولا يضمن لان المحاربة تبطل العصمة وقد زالت عصمتهم

لقوله تعالى

لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى حتى تفيء الى امر الله فصار قتله بحق كقتل الحربى فلا يوجب حرمان الارث
كما لو قتل مورثه بقود له عليه لان حرمان الارث جزاء قتل محظور فلا يناط بقتل مباح
ولو كان الامر بالعكس اى قتل الباغى مورثه العادل لا يرث الباغى عند ابى يوسف ومحمد الا ان
ادعى انه كان على الحق فانه يرث على ذلك التقدير وعند ابى يوسف لا يرث مطلقا اى سواء
كان قال كنت على حق او قال قتلته وانا اعلم انى على الباطل وهو قول الشافعى لهما ان الباغى اذا قتل
العادل باثم ولا يضمن عندنا والتأويل الفاسد ينزل منزلة الصحيح فى حق دفع الضمان اذا
ضمت اليه المنعة كتأويل اهل الحرب واذا لم يجب به الضمان لم يجب به الحرمان فلا ارث
يستحق بالقرابة فيرث ان ادعى انه كان على الحق واما اذا ادعى انه على الباطل فلا يرث لانه
اذا اقر بالبطلان يجب الضمان فيلزم الحرمان ولابى يوسف انه قتل بغير حق لانه قتل نفس
معصومة والتأويل الفاسد انما يعتبر فى حق دفع الضمان لا فى استحقاق الارث اى
الحاجة هنا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ويكره بيع السلاح ممن علم انه من اهل
الفتنة لانه اعانة على المعصية وان لم يعلم انه من اهل الفتنة فلا يكره لان الاصل عدم
الكراهة ولا صار ذلك ثم انهم قالوا انما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل الا بصنعه
يعنى الحديد فانه انما يصير سلاحا بعمل غيره فلا ينسب اليه الا يرى انه يكره بيع المعازف
ولا يكره بيع الخشب مع انه يتخذ منه المعازف وعلى هذا بيع الخمر مع العنب يعنى لا يجوز
بيع الخمر ويجوز بيع العنب والمعازف جمع معزف وهو ضرب من الطنابير يتخذه اهل
اليمن قال صاحب البيانية ان المسلمين اذا اجتمعوا على امام حق وصاروا آمنين به
فخرج عليه طائفة من المسلمين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغى وعليه
ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغى للناس ان يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم
ولا ان يعينوا تلك الطائفة على الامام ايضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم وان لم يكن
ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا الحق والولاية وقالوا الحق معنا فهم اهل البغى فعلى كل من
يقوى على القتال ان ينصر امام المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان
صاحب الشرع فانه عليه الصلاة والسلام قال الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها وان
كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للامام ان يتعرض لهم لان العزم
على الجناية لم يوجد بعد قال فى مجمع الفتاوى قال ابو حنيفة اذا اجتمع الناس على امام
حق وهم آمنون والسبل آمنة فخرج بعض من المسلمين على الامام فينبغى للمسلمين ان
يعينوا الامام ان قدروا عليه والا فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد فى
بيته لقوله عليه السلام من فر عن فتنة اعتق الله رقبته من النار

كتاب اللقيط

ذكر اللقيط واللقطة بعد السير لان النفوس والاموال فى الجهاد على شرف الهلاك
فكذلك اللقيط واللقطة على شرف الهلاك وقدم اللقيط على اللقطة لكون النفوس
اعز من الاموال وانما قدم السير عليهما لان فى الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى واخلاء العالم
عن الفساد والذى هو رأس كل معصية وهو الكفر والجهاد فرض كفاية لقوله تعالى
فاقتلوا المشركين وفرض عين اذا كان النفير عاما فقدم لذلك والالتقاط مندوب
اليه لقوله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا غاية ما فى الباب ان يجب الالتقاط
اذا خيف الضياع ولا شك ان رتبة الفرض اقوى فكان تقديمه اولى واللقيط
واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببنى آدم واللقطة بغيره للتمييز
بينهما كذا فى العناية قال المولى الفاضل سعدى افندى فيه انه اذا عكس
يوجد التمييز ايضا فلا يدل على ما ذكر على التخصيص المطلق فالاولى ما فى غاية البيان ان فعلة
يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والمال المنبوذ كانه يلقط نفسه لكثرة رغبات الناس

ويلد الطبع اليه فسمى لقيطا كالاسنام المجازية وفي المنسوخ من بني آدم اباء في التلف عن قبوله للزوم
نفقته ومؤنته فسمى لقيطا اى ملتقطا على سبيل التفاؤل وارادة الصريح في حاله كما سمى اللديغ
سليما والمهلكة مفازة انتهى **التقاطه** اى اخذ اللقيط مندوب ان لم يخف هلاكه بان يوجد
في الامصار لما فيه من احيائه واظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال وان خيف
هلاكه بان وجد في مفازة ونحوها من المهالك ونظيره ان من راى اعمى يقع في البئر ونحوها
يجب عليه حفظه من الوقوع **وواجب التقاطه** صيانة له عن الهلاك على ان تركه في مثل هذه الحالة
قتل له وقتل النفس بغير حق حرام فيكون التقاطه واجبا **وكذا اللقطة** يعني التقاطها
واجب ان خيف هلاكها ومندوب ان لم يخف **وهو اي اللقيط حر** لان الاصل في
بني آدم الحرية لانهم من آدم وحواء وهما حران والرق انما هو بعارض الكفر والاصل عدم العارض
ولان الحكم للغالب والغالب من يسكن في دار الاسلام الحر **الا ان يثبت رقه بحجة**
يعني ان ادعى ان اللقيط عبده لم تقبل لانه حكم بحريته لكون الاصل هو الحرية فلا يتغير الحكم الا بحجة
وشرطه ان يكون الشهود مسلمين الا اذا اعتبر كافرا بوجوده في موضع الكفار والخصم فيه الملتقط
باعتبار يده كذا في حاشية اخي چلبي نقلا عن الزيلعي **يقول** الفقير فيه بحث وهو انه اذا كان
الخصم هو الملتقط لا يكون الاعتبار كافرا بوجوده في موضع الكفار وجه بل ينبغي ان لا يقبل
شهود الكفار اذا كان الملتقط مسلما وتقبل ان كان كافرا تدبر **ونفقته في بيت المال**
هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قريب فاشبه
العبد الذي لا مال له ولا قريب **وكذا جنايته في بيت المال وارثه له اي لبيت المال** **يعني**
عن علي كرم الله وجهه انه قال الملتقط حر وعقله وولاؤه للمسلمين **و** عن عمر رضي الله عنه مثله
والمعنى فيه ان الارث لما كان لبيت المال بسبب علم وارثه ظاهرا كان مؤنة نفقته وجنايته
على بيت المال لان الغرم بالغنم **وان انفق عليه الملتقط فهو متبرع** لا يكون دينا له
لعدم الولاية هو المتبرع من برع بضم الراء براعة اذا فضل على اقرانه ومنه تبرع بالجود
اي تفضل **الا ان ياذن الحاكم** بالانفاق عليه بشرط الرجوع فحينئذ يكون دينا على اللقيط
يرجع به الملتقط عليه لعموم ولاية القاضي **ثم** اعلم انه اذا اذن الحاكم بالانفاق عليه ولم يشترط
الرجوع قال بعضهم لا يرجع عليه بمجرد الاذن ما لم يشترط الرجوع وهو الاصح **و** قال الطحاوي
يكون بمجرد اذن الحاكم في الرجوع ولا يلزم اشتراط الرجوع كما اذا قضى دينا على شخص بامره فانه
يرجع عليه بمجرد الامر وكذا امر القاضي لان له ولاية عامة فيكون امر القاضي كامر اللقيط كذا
في الدرر والنقد **و** وجه كون الاول الاصح ان مطلق الامر يحتمل الحسبة وهو الاستئناف فلا يرجع عليه
بالشك **او بتصديق اللقيط اذا بلغ** يعني اذا انفق عليه الملتقط بدون امر القاضي فصدقه
اللقيط بعد بلوغه في انه انفقه للرجوع فله الرجوع لانه اقر بحقه وان ادعى الملتقط الانفاق
بقول القاضي على ان يكون دينا عليه وكذبه اللقيط لا يرجع الا ببينة بخلاف القاضي
اذا انفق على الصغير حيث يصدق في الانفاق المتعارف ولا يحتاج الى بينة **ولا يؤخذ**
اللقيط من ملتقطه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده **وان ادعاه واحد انه ابنه قبل قوله**
وثبت نسبه منه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط
وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتعير بعدمه **قال**
صاحب الهداية ثم قيل يصح في حق نفسه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان يده
لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظه ولو من غيره ولو ادعاه الملتقط
وقال هو ابني بعدما قال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه لا يصح على القياس
وعلى الاستحسان يصح انتهى **ولو كان المدعي عبدا** لان ثبوت النسب انفع له وهو اي
اللقيط **حر ولو كان المدعي عبدا** لان الحرية انفع له والاصل في دار الاسلام الحرية ولا يلزم من
رقه ان يكون رقيقا لان العبد يتزوج الحرة **او كان المدعي ذميا وهو اي اللقيط مسلم وان كان**
ان لم يكن ابن ان لم يوجد في مقرهم اي مقر الذميين بل وجد في مصر من امصار المسلمين او قرية
لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير فثبت نسبه وابطال الاسلام الثابت بالدار فلا يصح فيما يضره دون ما ينفعه

وذميا ان كان لهما وجد فيه اي في مقر الذميين بان وجد في قرية من قرى الذميين او في بيعة او كنيسة
قال صاحب النهاية وهذه المسئلة في الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد
فيكون محكوما بالاسلام **و** الثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما عليه
بالكفر ولا يصلي عليه اذا مات **و** الثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين **و** الرابع ان يجده مسلم في مكان
فني هذين الفصلين اختلفت الروايات ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان في الفصلين جميعا **و** في رواية
ابن سماعة عن محمد اعتبر الواجد في الفصلين جميعا **و** في بعض نسخ المبسوط اعتبر الاسلام في
الفصلين نظرا للصغير **وان ادعاه اثنان معا** كل منهما انه ابنه ثبت النسب منهما لاستوائهما
وان وصف احدهما علامة فيه اي في اللقيط واصاب او سبق احدهما في الدعوى على الآخر
فهو اولى به اما الاول فلان الظاهر يكون شاهدا له بموافقة العلامة كلامه واما الثاني فلانه ثبت حقه
في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر بالبينة لان البينة اقوى وان كان المدعي اكثر من اثنين
روي عن ابي حنيفة انه قال يجوز الى خمسة **و** قال ابو يوسف ثبت من اثنين ولا يثبت من اكثر
وعند محمد يجوز الى ثلاثة ولا يجوز من اكثر من ذلك ادعت امرأة انه ابنها لم يقبل الا ببينة
لان في دعواها حمل النسب على الغير وانما ادعت امرأتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند
ابي حنيفة وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا كذا في البناية والحر
اولى من العبد والذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه **قال** صاحب العناية واذا ادعى اللقيط الحر
والعبد وهما خارجان والمسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي
وكذا اذا اقاما البينة وليست احديهما اكثر اثباتا كان المسلم اولى واما اذا كانت بينة الكافر
اكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه واقام على ذلك
شاهدين من المسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام
لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج
فالترجيح باليد لعدم ما فالملتقط وان كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج انتهى **وان شد عليه**
اي على اللقيط مال او شد المال على دابة هو اي اللقيط عليها اي على الدابة فهو اي المال له اي للقيط
اعتبارا للظاهر لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا
لقيام اليد الثابتة عليه **فان** قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط
بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك **اجيب** بان هذا الظاهر لدفع دعوى الغير كذا في العناية
يقول الفقير فاذا كان الظاهر يدفع دعوى الغير ولا يكون حجة مثبتة للاستحقاق يكون المال موقوفا
لكن نفقته يكون على بيت المال على ما مر فلهذا ينفق منه عليه **و** عن هذا قال ينفق الملتقط منه عليه
اي على اللقيط باذن قاض لانه مال ضايع وللقاضي صرف مثله اليه وقيل ينفق منه عليه بدونه اي
دون اذن القاضي ايضا اي كما ينفق باذن القاضي لانه للقيط ظاهرا فلا يحتاج الى اذن القاضي
يقول الفقير يدل الفتوى على الاول لانه كان مالا موقوفا في الحقيقة وله اي للملتقط شراء ما لا بد له
اي للقيط منه متعلق بشراء وضميره راجع الى المال المشتري ويجوز ان يكون متعلقا بلا بد
والضمير الى ما الموصولة لانه من الانفاق وقبض هبته معطوف على قوله شراء تقديره وله قبض هبته
لانه نفع محض لانه يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا ويملكه الام ووصيهم وتسليمه في حرفة لانه
من باب تاديبه وحفظ ماله لا تزويجه لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا تصرفه
في ماله بغير ما ذكر من شراء ما لا بد له منه اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال
زائدا على المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد من الملتقط والام
احدهما لان للملتقط رايا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة ولا راي لها ولا اجارته في الاصح
وهي رواية الجامع الصغير وقيل له اجارته وهي رواية القدوري في مختصره وجه الرواية الاولى
انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم فكما لا يجوز للعم اجارة الصغير كذلك لا يجوز للملتقط
بخلاف الام لان الام تملك اتلاف منافع الصغير بالاستخدام بلا عوض فلان تملكه بالاجارة وهي بعوض اولى
ووجه الرواية الثانية انها ترجع الى تثقيفه وحفظ حاله لان التثقيف الشوع الى تقيف الرجل راي رده

كتاب اللقطة

قال

قد تقدم وجه باب اللقيط على اللقطة وهي الشيء الذي يوجد ملقى فيؤخذ امانة وعن هنا
هي اي اللقطة امانة ان اشهد انه اخذها ليردها على صاحبها فلا ضمان ان هلكت مطلقا
ثم الاصل في جواز اخذها قوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل الحديث
لكنه اختلف في ان الرفع افضل ام الترك قال بعضهم رفعها افضل من تركها وقال بعضهم
يحل رفعها وتركها افضل وجه القول الاول انه لو تركها لا يؤمن ان يصل اليها يد خائنة فيمنعها
من مالكها ووجه القول الثاني ان صاحبها ربما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه
فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع والاول اصح وقال بعضهم يرفعها اذا كان يأمن
على نفسه ويتركها اذا كان لا يأمن وقيل ترك اللقطة افضل في قول اصحابنا من رفعها
ورفع اللقيط افضل من تركه وقال صاحب الخلاصة ان خاف ضياعها يفترض الرفع
وان لم يخف يباح رفعها اجمع العلماء عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب انتهى
ولو رفعها ثم وضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اذا
اخذ ولم يرجع عن ذلك المكان حتى وضع هنالك واما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم اعادها
ووضعها فيه رحمه الله فانه يضمن وفي ظاهر الرواية اذا اخذها ثم وضعها في ذلك
المكان فلا ضمان ذهب عن ذلك المكان او لم يذهب كذا في البداية والقول المالك
ان انكر اخذه اي اخذ الملتقط اخذها للرد يعني ان اخذها ولم يشهد الشهود وهلك فقال
الآخذ اخذته للرد وكذبه المالك يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف القول
للملتقط فلا يضمن في هذه الصورة لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية
وهذا لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا الاخذ للرد لا لنفسه
فيحمل مطلق فعله عليه ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه
وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر
ان يكون تصرف الانسان المسلط عليه النفس والشيطان لنفسه لا لغيره
نعوذ بك اللهم من تبعة الشيطان الموجبة للخذلان والمستوجبة للخسران
قال صاحب العناية قيل هذا الاختلاف فيما اذا امكنه ان يشهد واما اذا لم يجد
احدا يشهده عند الرفع او خاف من انه لو اشهد يأخذه منه ظالم فترك الاشهاد
لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهد حتى جاوزه ضمن لانه
ترك الاشهاد مع القدرة عليه ويكفي في الاشهاد قوله اي قول الملتقط من
سمعتموه ينشد اي يطلب لقطة فدلوه علي فاذا قال ذلك جميعا لم يضمن وان كان
اللقطة واحدة او اكثر لان اللقطة اسم جنس يتناول الواحد والاكثر منه ويعرفها قليلة
كانت او كثيرة في مكان اخذها وفي المجامع مجامع الناس فان ذلك اقرب الى
الوصول الى صاحبها والتعريف ان ينادي في الاسواق والشوارع والمساجد
والمجامع من ضاع منه شيء فليطلبه عندي مدة يغلب على ظنه اي على ظن الملتقط
عدم طلب صاحبها بعدها اي بعد هذه المدة هو الصحيح وهو مختار شمس الائمة
السرخسي لان ذلك يختلف بقلة المال وكثرته فينبغي التفويض الى رأي المبتلى وقيل ان كان
عشرة دراهم او اكثر عرفها حولا اي في بعض نسخ حولا وان كانت اقل فايام على حسب ما يرى
وهذه رواية عن ابي حنيفة وقدر محمد في الاصل بالحول من غير فصل بين القليل والكثير
وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة
من غير فصل وجه التقدير بالحول فيما اذا كانت عشرة دراهم فاكثر وبالايام فيما
دونها انها اذا كانت اقل ان التعريف بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي
الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال

وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون
العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى كذا في الهداية
وقال مولانا الفاضل سعدي افندي اقول قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه قال
ابي بن كعب رضي الله عنه وجدت مائة دينار فاخبرت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها
فقال عرفها سنة فعرفتها فلم اجد احدا ثم اتيته فقال احفظ عددها ووكاءها
فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها فانها رزق ساقه الله اليك انتهى قال
وفي الحديث الذي رواه ابي بن كعب رضي الله عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول غير لازم
ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها الا يرى ان المائة الدينار لما كان مالا عظيما كيف
امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث سنين فيتبين ان على الملتقط ان
يعرف اكثر من قول شمس الائمة بحسب ظنه وفي المحيط البرهاني والفقيه ابو جعفر كان يقول
اذا بلغ مالا عظيما بان كان كيس فيه الف درهم او مائة دينار يعرفه ثلاثة احوال وكان
القاضي الامام ابو علي النسفي يحكي عن الشيخ الامام انه كان يروي عن محمد تعريف اللقطة
ثلاث سنين قل او كثر انتهى ما ذكره مولانا سعدي افندي وما لا يبقى كالاطعمة
المعدة للاكل وبعض الثمار يعرفه الى ان يخاف فساده لانه الحري بشأنه ثم يتصدق بها
اي باللقطة ان شاء ان لم يجئ صاحبها ايصالا للحق الى المستحق بقدر الامكان لانه يصل
اليه ثواب التصدق البتة وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها فان جاء ربها بعده
اي بعد التصدق بعد التعريف مدته اجازه اي التصدق ربها ان شاء وله اجره له
لان التصدق وان حصل باذن الشرع لكن لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته
او ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بلا اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا
لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حال المخمصة او ضمن الفقير لو كانت
هالكة لانه قبض ماله بغير اذنه وقوله لو هالكة قيد لهما جميعا وايهما ضمن لا يرجع
على الآخر لان كلا منهما ضامن بفعل الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم
بدونه ولا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لانا نقول التغرير
اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا وياخذها المالك منه اي من الفقير ان
كانت باقية لانه وجد عين ماله ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب
تعريف لقطة الحرم الى ان يجئ صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولا يحل لقطتها
الا لمنشدها اي طالبها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها
ثم عرفها سنة من غير فصل والعفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد او
خرقة او نحو ذلك والوكاء الرباط يقال اوكى السقاء شده بالوكاء وهو الرباط
الذي يشد به وتأويل ما رواه لا يحل التقاطها الا للتعريف لمنشدها والرد
عليه فان قيل فعلى هذا ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم ولقطة الحل ايضا لا يحل
التقاطها الا للتعريف اجيب بان مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لان الناس
يأتونه الى الحج من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يتعذر الرجوع لهم اليها فالظاهر ان اللقطة
للغرباء ولا يظن عودهم في سنة واكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم الفائدة
فاراد رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ذلك الوهم وقال لا يحل رفع لقطتها الا لمعرفها
كما هو الحكم في غيرها من البلاد ويجوز التقاط البهيمة كالابل والبقر والغنم
وسائر الحيوانات لانها مال يتوهم ضياعها فيستحب اخذها صيانة لاموال الناس
والتقاطها وقال مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل
وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة
الضياع وليس في ذلك هنا ما يدفع به السباع من نفسها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير
ركن اللقطة العرض وفيه احتمال عدم الرضاء من جانب المالك فكره الاخذ ونحب الترك

ولنا انه لو لم يأخذها ربما يصل اليها يد خائنة فكان اخذها سببا لصيانتها وما روي
ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة فان جاء صاحبها
ردها اليه فقال يا رسول الله فضالة الغنم فقال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب
فقال يا رسول الله فضالة الابل قال الراوي فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم
حتى احمر وجهه ثم قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها
صاحبها فجوابه ان ذلك كان في زمن النبي عليه السلام حين كان الخوف من الافتراس
لا من اختفاء الناس واما اليوم فكثر الفساد والخيانة وقلت الديانة والامانة فكان
الاخذ اولى كذا في الاختيار وهو اي الملتقط متبرع في انفاقه عليها بلا اذن حاكم
لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق عليها باذنه بشرط الرجوع فدين على ربها
لان امر القاضي كامر المالك لعموم ولايته وشرط الرجوع هنا كشرط الرجوع في اللقيط
يعني قال بعضهم يرجع عليه بمجرد امر القاضي سواء كان بشرط الرجوع او لا لكن الاصح ان
امره اذا كان بشرط الرجوع يرجع وان لم يشترط لا يرجع وله اي للملتقط ان يحبسها
عنه اي عن ربها حتى يأخذ لانها صارت هالكة معنى وقد احياها بنفقته فصار كأنه
استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع فان امتنع صاحبها من اداء النفقة
بيعت اللقطة في النفقة كالرهن لان امر القاضي كامره فان هلكت بعد الحبس
سقطت النفقة كالرهن وان هلكت قبله اي قبل الحبس لا يسقط النفقة لانها
ويوجر القاضي ما له منفعة يعني اذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة
اجرها وينفق منها اي من الاجرة لان في الايجار ابقاء الملك على مالكه من غير ان يلزمه دين
وما لا منفعة له يأذن القاضي للملتقط بالانفاق ان كان الانفاق اصلح لانه نصب ناظرا
وفي هذا نظر من الجانبين من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع
على المالك بما انفق على الملتقط ان اقام البينة انها لقطة لانه يحتمل ان يكون غصبا
في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر في الوديعة فلا بد من البينة فان قيل البينة انما
تقام على المدعى عليه المنكر وهو ليس بموجود ههنا اجيب بانها انما تقام لكشف الحال
انها غصب او لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وان قال لا بينة لي يقول القاضي له اي للملتقط
انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان ولا يرجع ان
كان غاصبا وانما يقول بهذا الترديد حذرا من لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعا
تقرر ملك المالك لسقوط الضمان على تقدير الغصب ولو ابى يضرها الملتقط على تقدير
اللقطة وهذا انفق عليها يومين او ثلاثة ايام ان لم يكن الانفاق اصلح بل يخاف ان يستغرق
النفقة قيمتها باعها القاضي الظاهر باعها لكن ذكره بناء على قول اللقطة او الحيوان
وامر الملتقط بحفظ ثمنه ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وللملتقط ان ينتفع
باللقطة بعد التعريف لو كان فقيرا لان صرفه الى فقير آخر كان للثواب وهو مثله
وفي النوادر لو انفقها على نفسه ثم ايسر لا يلزمه ان يتصدق بمثلها على فقير آخر لانه
وضع اللقطة في موضعها كذا في شرح مجمع البحرين وان كان غنيا تصدق بها
اي باللقطة على فقير ولا يجوز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لانه صلى الله عليه وسلم
قال لابي بن كعب رضي الله عنه بعد ما عرف لقطة ثلاث سنين اخلطها بمالك فان
جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وانه كان من المياسير ولنا انه مال الغير
وتناول مال الغير بغير رضاه غير جائز بلا ضرورة لاطلاق النصوص ومن جملتها
قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض
وقوله تعالى ولا تعتدوا وانما جاز التصدق للفقير بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم
فليتصدق به وبالاجماع فبقي ما وراءه على الاصل واما انتفاع ابي بن كعب بها كان
بحكم القرض باذن الامام ولا كلام فيه وانما الكلام فيما كان بغير اذن الامام

ولو على

ولو على ابيه او ولده او زوجته لو كانوا فقراء لانه عليه السلام امر بالتصدق وهو انما
يكون على الفقراء واذا كانوا فقراء فهم وغيرهم سواء وان كانت اللقطة حقيرة
بحيث يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنوى وقشور الرمان والسنبل بعد الحصاد
ينتفع بها بدون تعريفه لان القاءها اباحة للاخذ دلالة ولمالكها اخذها
لانها بقيت على ملك مالكها وملك المبيح لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له ان
ينتفع بالمباح مع بقاء ملك المبيح فاذا وجده في يده فقد وجد عين ماله وقال عليه السلام
من وجد عين ماله فهو احق به وان وجده مجتمعا لم يحل له ان ينتفع به لان الظاهر
ان مالكه ما القاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه قال صاحب البناية اعلم ان ما
يلتقطه الملتقط على نوعين نوع لا يطلبه صاحبه كالنوى وقشور الرمان في
مواضع متفرقة فهو مباح للملتقط يجوز انتفاعه به لكنه يبقى على ملك صاحبه حتى
انه وجده في يد الملتقط اخذه منه ان شاء ونوع آخر يطلبه صاحبه كالذهب والفضة
والعروض فلا بد فيه من التعريف وقشور الرمان ان وجدها مجتمعة فهي من هذا
النوع وان وجد جوزة ثم اخرى ثم اخرى حتى بلغت عشرا وصارت لها قيمة ان وجدها
في موضع واحد فهي من النوع الثاني وان وجدها في مواضع متفرقة فقد اختلف
المشايخ فيه والمختار انها من النوع الثاني والتفاح والكمثرى والحطب
في الماء لا بأس باخذها انتهى قال صاحب الاختيار والسنبل بعد الحصاد ان
جمعه فهو له خاصة بدلالة الحال وعليه جميع الناس في جميع البلاد قال ابو يوسف
من القى شاة ميتة فجاء آخر فاخذ صوفها وجلدها ودبغه فهو له وان جاء
صاحبها فله اخذ الصوف والجلد وعليه ما زاد الدباغ كالغاصب انتهى
غريب مات في دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل
فقير فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة انتهى في الاختيار ولا يجب دفع اللقطة
الى مدعيها الا ببينة لانها دعوى فلا بد فيها من البينة ويحل الدفع ان بين علامتها
مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها من غير جبر
وقال مالك والشافعي ان بين علامتها يجبر على الدفع لان صاحب اليد وهو
الملتقط ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة
من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه والحاصل ان الملتقط
ينازع من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة ذكر الوصف ولا يحتاج الى اقامة
البينة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها
فادفعها اليه فيحمل على الاباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه
الصلاة والسلام البينة للمدعي فانه لو لم يحمل على الاباحة وحمل على الوجوب
لزم التعارض المستلزم للتراك ولو صدقه ودفعها اليه بغير قضاء ثم جاء آخر فاقام
البينة فله ان يضمن ايهما شاء فلهذا قالوا يأخذ كفيلا منه وان كان دفعها اليه
باقامة الحاضر البينة على انها له ثم جاء آخر لا يضمن وفي اخذ الكفيل منه روايتان
والصحيح انه لا يأخذ كفيلا

كتاب الآبق

قال صاحب النهاية هذه الكتب اعني اللقيط واللقطة والآبق والمفقود
متجانس بعضها بعضا من حيث ان كلا منها في عرضة الزوال والهلاك والاباق
الابق هو الهارب من مالكه قصدا قال في المبسوط الاباق تمرد في الانطلاق وهو من
سوء الاخلاق ورداءة الاعراق يظهر عن نفسه فرارا ليصير ماله ضمارا فرده
الى مولاه احسان هل جزاء الاحسان الا الاحسان كذا في البناية

ندب اخذه لمن قوي عليه ان صح حفظه لما فيه من احيائه ان الآبق هالك في حق المولى
فيكون الاخذ ثم الرد الى صاحبه احياء له وكذا الضال وهو الذي لم يهتد الطريق الى منزله
من غير قصد وقيل تركه اي ترك الضال افضل لانه لا يبرح عن مكانه فيجده المالك ولا كذلك
الآبق لانه لا يستقر في مكانه فيرفعان اي الآبق والضال الى الحاكم لعجزه عن حفظهما
بخلاف اللقطة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شمس الائمة الحلواني
فهو ان اخذ الآبق والضال بالخيار ان شاء حفظهما بنفسه وان شاء رفعهما الى الحاكم
فيحبس الحاكم الآبق دون الضال لانه يخاف من اباق الآبق دون الضال قال
صاحب البداية واذا اتى الرجل بالعبد الى الحاكم فحبسه ثم ادعاه رجل واقام البينة
انه عبده قال يستحلفه ما باعه ولا وهبه ثم يدفعه اليه ولا احب ان ياخذ منه كفيلا
وان اخذ منه كفيلا لم يكن مسيئا ولكن ان لا ياخذ احب الي هذه رواية ابي حفص
وروايته في بعض روايات ابي سليمان قال احب الي ان ياخذ منه كفيلا
فان لم ياخذ منه كفيلا وسعه ذلك وان لم يكن للمدعي بينة واقر العبد انه عبده
قال يدفعه اليه وياخذ منه كفيلا فان قلت ما الفرق بين العبد الآبق والضال
اذا طالت المدة فان القاضي يبيع الآبق ولا يؤجره ويؤجر الضال ولا يبيعه
قلت اجارة الآبق تعرضه على الاباق وفي الاباق اتلاف وللقاضي ولاية الحفظ
لا الاتلاف بخلاف الضال فانه لا يابق غالبا ففي اجارته حفظ مال الغائب لانه ينفق
عليه من غلته ويحصل للمولى عين ماله بلا دين عليه ولمن رده اي من رد الآبق
من مدة سفر اربعون درهما وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا
بالشرط وهو قول الشافعي ووجه الاستحسان ان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين
اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب
دونها قال عمر رضي الله عنه في جعل الآبق دينار او اثنا عشر درهما وقال علي
كرم الله وجهه دينارا او عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه اربعون
درهما وقال عمار بن ياسر ان رده في المصر فعشرة وان رده من خارج المصر ففي
اربعين فاوجبنا الاربعين في مدة السفر وما دونها بما دونها جمعا بين الروايات
المتعارضة بقدر الامكان فان قيل كان الواجب ان يؤخذ باقل المقادير لتيقنه
اجيب بانه انما لم يؤخذ بالاقل لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول
من افتى بالاقل على ما اذا رده بما دون مدة السفر وقول من افتى بالاكثر على
اذا رده من مدة السفر وهذا اولى لانه يعمل بكل منها
وان كانت قيمته اقل من اربعين فقيمته اي فالجعل قيمته الا درهما عند محمد لانه انما
شرع لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم ليحصل له الفائدة
وعند ابي يوسف اربعون درهما لانه منصوص عليه فلا ينقص منه وان رده
من دونها اي من دون مدة السفر فبحسابه يعني بتوزيع الاربعين على الايام الثلاثة
فان جاء به من مسيرة يوم فله ثلث الاربعين وان من مسيرة يومين فله ثلثا الاربعين
وقيل يجعل بتصالحهما وقيل يجعل برأي الحاكم وان ابق منه اي من الآخذ لا يضمن
ان اشهد انه اخذه ليرده لانه يكون امانة في يده والا اي وان لم يشهد انه اخذه
ليرده فلا شيء له اي لا جعل له ان رده عند ابي حنيفة ومحمد لان الاشهاد شرط عندهما
لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فيكون بترك الاشهاد غاصبا وعند
ابي يوسف يستحق الجعل وان لم يشهد لان الاشهاد ليس بشرط عنده
ويضمن ان ابق منه على تقدير انه لا يشهد عند الاخذ عندهما وعند ابي يوسف
لا يضمن ايضا يقول العبد الفقير فقوله ان ابق منه مستغنى عنه هنا
لان صدر الكلام يغني عنه ه تدبر

وجعل الراهن

وجعل الرهن على المرتهن لان وجوب الجعل للراد باحياء مالية العبد ومالية حق المرتهن
اذ موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية فكان الراد عاملا له فيجب الجعل عليه
والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت
قيمته مثل الدين او اقل منه وان كانت اكثر فبقدر الدين على المرتهن والباقي على الراهن
وجعل العبد الجاني الآبق على المولى ان فداه لانه طهر من الجناية باختيار الفداء فتبين
ان الراد احيى ماليته وعلى ولي الجناية ان دفع الى الولي لان الراد احيى حقه وجعل
العبد المديون الآبق من ثمنه ان اباه المولى من قضاء دينه ويقدم الجعل على الدين
ان بيع فيه يعني اذا بيع في الدين يأخذ الراد جعله اولا من ثمنه والباقي للغرماء
والجعل على المولى ان اداه اي الدين عنه اي عن العبد لانه ملك الملك فيجب على من
يستحق الملك له وجعل العبد الموهوب الآبق على الموهوب له وان رجع
الواهب في هبته بعد الرد اي رد العبد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد
بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ولان زوال الملك عن الموهوب له
بعد الرد برجوع الواهب عن هبته كزوال الملك بموت العبد وانما ذكر الثاني
للوصل هذه لدفع شبهة ترد هنا بقولهم قبله فيجب على من يستحق الملك له
وامر نفقته كما للقطة في التبرع اذا لم يكن بدون اذن القاضي وكونها دينا
على ربه اذا كان باذن القاضي بشرط الرجوع في الاصح وحبسه الى ان
يؤدي ما انفق بها عليه على ما مر فيها والمدبر وام الولد كالقن يعني
لو ابقا وردهما رجل والمولى حي فللراد الجعل كما في القن لانهما في معناه
بخلاف ما بعد الموت لانهما يعتقان به وهذا ظاهر في ام الولد وكذا في المدبر
اذا خرج من الثلث وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر مديون وعنده كالمكاتب
ولا جعل لراد المكاتب لانه احق بكسبه فلا يكون راده محييا لماليته باعتبار
الرقبة او الكسب كذا في الكافي وان كان الراد ابا المولى او ابنه وهو
اي كل واحد من الاب والابن في عياله اي في عيال الآخر او عيال المولى والآل واحد
او كان الراد وصيه اي وصي المولى او احد الزوجين فلا شيء له اي
للراد لان كل واحد من الاب والابن واحد الزوجين يحفظ مال صاحبه عادة
فلا يستحق بالرد جعلا واما الوصي فلان تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر
وقيده بقوله في عياله احترازا عما اذا لم يكونا في العيال لكن قال
صاحب العناية والقياس ان يستحق كل من ذي رحم محرم الجعل اذا لم يكن
في عياله لكن استحسن وقيل اذا وجد ابن عبد ابيه وليس في عياله فلا
جعل له لان رد الآبق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا
جعل له على ذلك واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل
لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب انتهى يقول العبد الفقير
نعلم انه كيف يكون فعلم وهو في عياله مطلقا ليس في محله
والعجب ان صاحب الهداية واكثر اصحاب الكتب قد ذكروه
مطلقا لعلهم اخذوه بالقياس وتركوا الاستحسان تدبر
والمالك الصبي كالبالغ فيجب الجعل في رد عبده لانه مؤنة الملك
ولا فرق فيها بين الصبي والبالغ

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب ههنا والمفقود مشتق من الفقد
وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته
وكلا المعنيين يتحققان في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه
هو انسان غائب لا يدرى مكانه ولا حياته ولا موته فينصب له
القاضي من يحفظ ماله ويستوفي حقه مما ايجبه شيء وكيله فيه واما
وكيل فيه فيستوفيه الوكيل ويبيع منصوب القاضي ما يخاف عليه
الهلاك من ماله لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه
كالصبي والمجنون والمفقود كذلك وفي الحافظ له والقائم عليه نظر له
فانه يقتضي غلته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ
ويخاصم في كل دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوق العقد ولا يخاصم
في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض
في يد الاخر لانه ليس بمالك ولا نائب عنه بل هو وكيل بالقبض من جهة
القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض
من جهة المالك في الدين فانه عنده ابي حنيفة يملك الخصومة وعندهما
لا يملكها فان ادعى احد في المفقود حقا من الحقوق لم يلتفت الى دعواه
ولم يقبل منه البينة ولم يكن منصوب القاضي ولا احد من الورثة خصما فان
رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك لم ينفذ حكمه لان الاختلاف في
نفس القضاء كذا في الزيلعي لكن المفهوم من الهداية وشروحه
ان ينفذ هذا القضاء باعتبار ان الاختلاف في سبب القضاء وهو ان
البينة هل تكون حجة من غير حاضر او لا فاذا رآها القاضي حجة
وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف
لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ كذا في الهداية والعناية
والكافي تتبع ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد والهلاك لا
في نفقة ولا في غيرها اذ لا نظر في ذلك وينفق من ماله على زوجته وقريبه
ولادا والاصل ان كل من يستحق النفقة من ماله في حال الحضور
بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ
لا يكون قضاء حقيقة بل اعانة وتمكينا للمستحق من اخذ حقه ولو تمكنوا
من ذلك كان لهم ان يأخذوه فيعينهم القاضي على ذلك وكل من لا يستحقها
حال الحضور الا بقضاء القاضي لا ينفق عليه من ماله لان النفقة حينئذ تجب
بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز وهو اي المفقود حي في حق نفسه
بالاستصحاب لا تنكح امرأته لكونه مخالفا لقوله تعالى والذين يتوفون
منكم الاية وقد قال عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود هي امرأته
حتى يأتيها البيان رواه المغيرة بن شعبة رضي الله عنه ومن علي كرم الله وجهه
انها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق وروي عن عبد الرحمن
ابن ابي ليلى ان عمر رضي الله عنه كان يقول يفرق بينه وبين امرأته
اذا مضى اربع سنين ثم رجع الى قول علي رضي الله عنه كذا في الاختيار
قال صاحب البناية قال مالك رحمه الله انها تعتد اربع سنين فاذا تمت
اربع سنين ولم تعلم حال الزوج انه حي ام ميت ترفع الامر الى القاضي
فيفرق القاضي بينهما ثم تعتد من زوجها فاذا انقضت عدتها تزوجت
زوجا اخر ان شاءت فان جاء زوجها الاول فهو بالخيار ان شاء تركها على الثاني
واخذ منه المهر وان شاء فسخ نكاح الثاني فتزوجها كذا نقل عن الزاهدي متمسكا

لكن ماروي

لكن ماروي عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى انه قال لقيت المفقود نفسه
فحدثني بحديثه قال اكلت حريرة في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن
فكنت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة ثم قالوا
اتعرف النخيل قلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه
قد ابان امرأتي مني بعد اربع سنين فحاضت وانقضت عدتها وتزوجت
فخيرني عمر رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين المهر احتج مالك بهذا وقال
هذا لا يعرف قياسا فيحمل على انه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا
ما روي عن علي رضي الله عنه فانه قياسي فلم يكن كالمروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم فكان الاخذ بما روي عن علي رضي الله عنه اولى
ولان امرأة المفقود تشبه امرأة المولي من حيث ان حقها في الجماع فات
من جهة الزوج بصنعه في السفر كما فات حق امرأة المولي في الجماع بصنعه وهو
الايلاء وتشبه امرأة العنين من حيث ان حقها في الجماع فات من
جهة الزوج بسبب هو فيه معذور لان الغيبة مباح فيكون معذورا فيها
ايضا فضربنا لها مدة الخلاص لتصل الى حقها في الجماع اربع سنين اعتبارا
بالشبهين فقدرناها بالاربع اعتبارا بشبه الايلاء وجعلنا الاربع
من السنين اعتبارا بشبه العنة ثم لم توقع الفرقة بعد اربع سنين الا
بتفريق القاضي لان الفرقة في الايلاء عنده لا تقع الا بتفريق القاضي
كما في العنة ولنا ما روي علماؤنا في المبسوط عن مغيرة بن شعبة رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان
وروى الحديث الحسن في الاصل عن ابي حنيفة رحمه الله عن حماد عن ابرهيم عن
علي ابن ابي طالب رضي الله عنه انه قال في امرأة المفقود انها امرأة ابتليت
فلتصبر حتى يتبين موت او طلاق فعلم بهذا ان امرأة المفقود لا يقع الفرقة
بينها وبين زوجها الى ان يظهر حال المفقود من موت او طلاق ولان الغيبة
لا توجب ازالة ملك النكاح كما لا توجب ازالة ملك اليمين فكان
ما بعد اربع سنين كما قبل اربع سنين ورجح علماؤنا قول علي رضي الله عنه على قول
عمر رضي الله عنه من ثلاثة اوجه احدها انه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل قوله
فكان قوله تفسيرا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني انه موافق للقياس
والثالث انه روي عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع الى قول
علي كرم الله وجهه في امرأة ابي كنف وهي المفقود زوجها فلما ثبت
ان عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي كرم الله وجهه كان ذلك اجماعا
والجواب عن قياس مالك رحمه الله انا لا نسلم ان امرأة المفقود تشبه امرأة المولي
وامرأة العنين وهذا لان الايلاء كان طلاقا معجلا في الابتداء ثم صار طلاقا
مؤجلا والطلاق مزيل لملك النكاح وليس كذلك امرأة المفقود
لانه لم يوجد من الزوج طلاق اصلا لا معجلا ولا مؤجلا وفي باب العنة
سبب الفرقة فوات حق المرأة في الجماع على التأبيد لان امر العنة
متردد بين ان يكون خلقة وبين ان يكون عارضا فجعل الشرع العلم بينهما
بمضي سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة المشتملة على الطبائع
فاذا مضت سنة ولم يزل العنة علم انها كانت خلقة وما كان خلقة
لا تزول ابدا وهو الظاهر او لا يزول غالبا بخلاف امرأة المفقود فان حقها
في الجماع لم يفت على التأبيد لانه يرجى مجيئه بعد اربع سنين كما
قبل ذلك فيفسد القياس انتهى ما في البناية

ولا يقسم ماله قبل ان يعرف حاله لان الظاهر حالة الحياة والقسمة بعد الممات
ولا تفسخ اجارته لانها لا تفسخ قبل الموت ميت في حق غيره فلا يرث ممن مات
حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح
حجة في الاستحقاق الى حكم بموته وفائدة هذا القيد تظهر في ايقاف
نصيبه وعن هذا قال فيوقف نصيبه منه كلا ان كان هو الوارث وحده
او بعضا ان كان معه وارث غيره الى ان يحكم بموته وحاصلها ان من مات
من مورثه حال فقده يوقف جميع ماله ان هو الوارث وحده او حصته منه
ان كان معه وارث غيره الى ان يحكم بموته فان جاء قبل الحكم به
اي بموته فهو اي ما يوقف له اي للمفقود الجائي والا اي وان لم يجي قبل الحكم
بالموت حتى حكم به فلمن يرث ذلك المال لولاه اي لولا المفقود واذا مضى
من عمره ما اي مدة لا يعيش اليه اقرانه وهو ظاهر الرواية فانه اذا لم يبق
احد من اقرانه حيا حكم بموته لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه في
الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه
بعد موت جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر
ثم انه هل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو فيه قال الفاضل
الشريف قدس سره في شرح الفرائض قيل المعتبر اقرانه في البلدان والاولى
الاصح كما ذكره فاضي الامام التمرتاشي ان يعتبر اقرانه في بلده لان الاعمار
مما يتفاوت باختلاف الاقاليم والبلدان وايضا اعتبار جميع الاقران
فيه حرج عظيم وقيل تسعون سنة اي اذا مضى تسعون سنة لان الزيادة
عليها في زماننا في غاية الندرة بحيث لا يناط بها الاحكام الشرعية
قال الامام التمرتاشي وعليه الفتوى وذهب بعضهم الى انها سبعون سنة
لما ورد في الحديث المشهور في اعمار هذه الامة وروي عن ابي يوسف
انه اذا مضى مائة سنة من ولادته حكم بموته اذ الظاهر في زماننا ان لا يعيش احد
اكثر من مائة وكان محمد بن سلمة يفتي بها في المفقود حتى ظهر له في نفسه
انه خطأ لانه عاش مائة وسبع سنين كذا في شرح الفرائض للفاضل الشريف قدس سره
وقيل اذا مضى مائة وعشرون سنة قيل وهذا يرجع الى قول اهل الطبائع والنجوم
فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة ونقل الفاضل جلبي
افندي دليلهم بان اجتماع الحقيقي يحصل بالطبائع الاربعة في هذه المدة
ثم قال ولكن قولهم بطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا كعمر
نوح عليه السلام وغيره فلا يعتمد هذا القول وقال الفاضل الشريف قدس سره
وهذا من الاكاذيب المشهورة حكم بموته جواب اذا في حق ماله
اي حين اذا مضى من عمره ما لا يعيش اليه او نحوه فلا يرث من مات قبل ذلك
اي قبل الحكم بموته ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في وقت حكم الحاكم
كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي فمن مات
قبل ذلك لم يرث منه لان المفقود قبل الحكم بموته حي في حق ماله
ولا ارث لاحد من مال الحي وتعتد زوجته للموت عند ذلك
اي عند الحكم بالموت لان الموت الحكمي كما قلنا
يعتبر بالموت الحقيقي فلو ثبت موت المفقود حقيقة تعتد امرأته
من حين الموت فكذا في الموت الذي حكم بموت الاقران
او بمضي مائة وعشرين سنة او نحوها على اختلاف الروايات
تعتد من حين الحكم به

اقليم

اخطاط

كتاب الشركة

لما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه
مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة عن اختلاط
نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص وان لم يوجد
اختلاط النصيبين لان العقد سبب له ومنها الشريك بالتحريك وهو حبالة الصائد
سميت به لاختلاط بعض الحبل بالبعض والشركة جائزة لانه صلى الله عليه وسلم بعث
والناس يتعاملونها فقررهم عليها لانه عليه السلام قال يد الله على الشريكين ما لم
يخن احدهما صاحبه فاذا خانه رفعها عنهما وقال عليه السلام الشريكان الله ثالثهما
ما لم يخونا فاذا خانا محقت البركة وكان قيس بن ثابت رضي الله عنه شريك رسول
صلى الله عليه وسلم في تجارة البز والادم وذكر الكرخي السائب بن شريك وقال عليه السلام
في حقه كان شريكي وكان خير شريكي وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير فكان اجماعا هي اي الشركة ضربان
شركة ملك وشركة عقد فالاولى ان يملك اثنان او اكثر عينا ارثا او شراء
او اتهابا او استيلاء على مال حربي او اختلط مالهما بغير صنعهما معطوف على قوله يملك
بحيث لا يتميز احد المالين عن الآخر او خلطاه بصنعهما خلطا يمنع التميز كخلط الحنطة
بالحنطة او لا يمكن التميز الا بحرج كخلطها بالشعير فكان شركة الملك على ضربين جبرية
واختيارية فالاولى ان يرثا مالا او يختلط مالهما بغير صنعهما والثانية ان يشتريا
او يتوهب لهما او يوصى لهما فيقبلا او يستوليا على مال الحربي او يخلطا مالهما بصنعهما
وكل منهما اي كل واحد من الشريكين شركة ملك اجنبي في نصيب الآخر حتى لا يجوز له
التصرف فيه الا باذن الآخر كالاجانب ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع
الصور المذكورة وبيعه من غيره اي غير الشريك بغير اذنه فيما عدا الخلط والاختلاط
فلا يجوز بيعه من غير شريكه في هاتين الصورتين الا باذنه والفرق ان خلط الجنس بالجنس
بصفة التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط واذا حصل بغير تعد حصل به
الزوال من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في حق البيع
من الاجنبي فلا يجوز الا برضا الشريك غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع
ملك نفسه عملا بالشبهين والثانية اي شركة العقد ان يقول احدهما لصاحبه شاركتك
في كذا ويقبل الآخر وركنها الايجاب كان يقول شاركتك في كذا وفي هاتة التجارة
والقبول كان يقول الآخر قبلت لانها عقد من العقود الشرعية فلا بد لها من ركن
وشرطها اي شرط هذه الشركة عدم ما يقطعها اي يقطع الشركة كشرط دراهم
معينة من الربح لاحدهما فانه يقطع الشركة في الربح لاحتمال ان لا يبقى بعد هذه الدراهم
المسماة ربح يشتركان فيه وهي اي شركة العقد اربعة انواع وجه الحصر ان الشريكين
اما ان تذكرا المال في العقد او لا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال
في رأسه وربحه او لا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكر المال
فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير او لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه
وصاحب الدرر سلك في تقسيمها مسلكا آخر وقسمها على خلاف هذا التقسيم ولهذا
وجه ان شئت فراجعه مفاوضة وهي بمعنى المساواة سمي هذا العقد بها لاشتراط
المساواة من جميع الوجوه قال قائل لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة
اذا جهالهم سادوا ومعنى قوله فوضى متساوين والسراة جمع السري وهو
السيد يعني البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين ولم يكن لهم امراء سادة لانهم
اذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة بينهم فيفسد امورهم ولا سراة اذا ساد جهالهم

كتاب الشركة

على طريقة قول الاكابر: اذا ملك الاراذل هلك الافاضل
ومن ملك الاراذل من اشراط الساعة كما قال النبي عليه الصلاة والسلام
والى الله المشتكى من زماننا حيث ملك الاراذل وهلك الافاضل فلزم انتظار الساعة
نعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات اعمالنا وبعد هذا البيت
اذا تولى سراة الناس امرهم عنى على ذلك امر الناس وازدادوا ومعناه
وهي شركة المفاوضة ان يشترك متساويان او اكثر تصرفا بان يقدر كل واحد منهما
على جميع ما يقدر عليه الآخر والا فات معنى المساواة ودينا بان كانا مسلمين او ذميين
ومالا اي المال الذي يصح فيه الشركة فلا بأس بزيادة مال لا يجري فيه الشركة كالعروض
والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما دين على الناس لا يبطل المفاوضة ما لم
يقبض الدين وربحا لتحقق المساواة من جميع الوجوه فكل ما فات شرط من شرائط
يجعل عنانا ان امكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الامكان وتضمن الوكالة والكفالة
اما الاول فلتحقق الشركة واما الثاني فلتحقق المساواة والقياس انه لا يجوز هذه
الشركة وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس
انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة لشخص مجهول وكل ذلك بانفراده فاسد
فكيف الصحة اذا اجتمعا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لآخر وكلتك في مالي
اصنع ما شئت فانه يجوز ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس مرادا ههنا فانه
لا يثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا
بمجهول الجنس فلا يجوز وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة
وكذا الناس يتعاملونها من غير نكير وبالتعامل يترك القياس والجهالة متحملة
كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هنا
تبعا فكذلك ههنا الا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت وكالة
فلا يجوز هذه الشركة بين مسلم وذمي عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف
نظرا الى التساوي في الوكالة والكفالة يعني كل واحد منهما من اهل الكفالة والوكالة
على الاطلاق فيصح المفاوضة بينهما كالمسلمين والذميين ولا يعتبر تفاوتهما في
التصرف من حيث ان المسلم لا يتصرف في الخمر والخنزير والذمي يتصرف فيهما
الا ترى ان المفاوضة تصح بين الحنفي والشافعي مع تصرفه في متروك التسمية
عمدا والحنفي لا ولكن يقول يكره المفاوضة بين الذمي والمسلم لان الذمي لا يهتدي الى
التصرف الجائز وربما يصير سببا لوقوع المسلم في الحرام يقول الفقير فعلى هذا ينبغي
ان يقول ابو يوسف بالكراهة في العنان بين الذمي والمسلم لان دليل الكراهة في
هذا جار فيه ايضا بتضمنها الوكالة تدبر ولهما ان مبنى المفاوضة على المساواة
ولا مساواة بينهما في التصرف وعلته فالخمر والخنزير متقومان في حق الذمي يصح تصرفه
فيهما بيعا وشراء ولا تقوم لهما في حق المسلم بخلاف المفاوضة بين الحنفي والشافعي
لان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على متروك التسمية عامدا ليس بمال
متقوم ولا يجوز فيه التصرف للحنفي ولا للشافعي جميعا لان للحنفي ولاية الزام الشافعي
بدليل شرعي في متروك التسمية فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف
ولا كذلك الذمي اذ ليس لنا ولاية الالزام عليه ولا بين حر وعبد لعدم
المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك
واحدا منهما الا باذن المولى ولا بين بالغ وصبي لان الصبي لا يملك التصرف و
الكفالة الا باذن الولي ولا بين صبيين وان اذن لهما ابوهما لانعدام
صحة الكفالة ومبنى المفاوضة عليها او عبدين او مكاتبين لعدم صحة الكفالة ايضا
يقول الفقير لو قال وعبدين ومكاتبين بالواو لكان اولى

يعني اذا تولى امر الناس جهالهم وارذالهم وشرارهم عنى امر الناس على العنف وازدادوا فيه وانما دعا الشاعر بالتعوذ من شرور النفس من سيئات الاعمال لانه منشأ تولي الولاة السوء كما ورد اعمالكم عمالكم وكما قال سبحانه وكذلك نولي بعض الظالمين بعضا بما كانوا يكسبون فالواجب علينا اصلاح اعمالنا والاستغفار من سيئات انفسنا لان زماننا زمان السكوت وملازمة البيوت والقناعة بالقوت الى ان يموت والسجى للاسلام ولا يموت

يقول الفقير محمد الغفير لو نظم العبارة هكذا بان يقول ولا بين حر وعبد وصبي ومكاتبين ولا بالغ وصبي ولا بين صبيين لكان احسن وانسب تأمل

ولا بد

ولا بد في هذه الشركة من لفظ المفاوضة لان اكثر الناس لا يعرفون جميع شرائط المفاوضة فيجعل
تصريحها بالمفاوضة قائما مقام ذلك كله او بيان جميع مقتضياتها وان لم يذكر لفظ المفاوضة
لان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل
كفالة ولا يشترط في صحة الشركة تسليم المال لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود
فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف فلا يشترط تسليم المال ولا الخلط في الشركة
لانه لا بد من التسليم ليتمكن من الشراء ولا الخلط لان المعتبر الخلط في المشترى فكل واحد منهما
يشتري بما في يده للشركة وما اشتراه كل واحد منهما سوى طعام اهله وكسوتهم فلهما
لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما
كشرائهما الا ما استثني والقياس ان يكون المستثنى على الشركة ايضا لما بيناه ان مقتضى العقد
المساواة وجه الاستحسان انه مستثنى من المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة
الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا صرف الثمن من مال صاحبه
ولا بد من شراء طعام اهله وكسوتهم فيختص به ضرورة وكل دين لزم احدهما بما يصح
فيه الشركة كبيع وشراء واستئجار لزم الآخر تحقيقا للمساواة صورة البيع والشراء
ظاهرة واما صورة الاستئجار فهي ان يستأجر احد المتفاوضين اجيرا في تجارتهما او
دابة او شيئا من الاشياء فللمؤجر ان يأخذ بالاجرة ايهما شاء لان الاجارة من عقود التجارة
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجر لحاجته
او استأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللمكاري ان يأخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا ادى
من خالص ملكه يرجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع عليه
بنصيبه من المؤدى واما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استأجر لانه هو
الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه كذا في العناية يقول الفقير والقياس ان لا يلزم
الآخر فيما اذا استأجر لحاجة نفسه او استأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فيلزم التأمل في وجه
الاستحسان فيهما وكل دين لزم احدهما بما لا يصح فيه الشركة كالجناية والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد والنفقة لا يلزم الآخر فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين جراحة خطأ
لها ارش معلوم واستحلفه فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة
له في ذلك مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة واما
ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الآخر كفيلا فيه الا ترى انها لو ثبتت بالبينة او بمعاينة
السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع
والصلح عن جناية العمد والنفقة وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت المفاوضة ثم
خالعت من زوجها فالزم عليها بدل الخلع لا يلزم على شريكها وكذا لو اقرت ببدل الخلع
لا يلزم على شريكها مع هذا بشيء من جزء كذا في العناية وان لزم احدهما دين بكفالة
بامره لزم الآخر يعني لو كفل احد المتفاوضين بمال عن اجنبي بامره لزم صاحبه عند ابي ح
خلافا لهما لانه تبرع فلهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض
يصح من الثلث ولابي ح انه تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء لان الكفيل يأخذ ما يؤدي من
المكفول عنه لا محالة اذا كانت بامره وكذا ان لزم احدهما دين بغصب بان غصب شيئا
واتلفه يلزم الآخر عند ابي ح ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابي يوسف لان الغصب ليس
لا بسبب التجارة والداخل تحت العقد التزام ضمان التجارات دون ضمان العدوان فاشبه
ما يجب بالجناية على الآدمي والنكاح والخلع ولهما انه ضمان تجارة لان ضمان الغصب يجري
مجرى الاعواض لثبوت الملك في المغصوب ببدل واجب عليه اذ المضمونات تملك عندنا الا
الضمان مستندا الى وقت وجود السبب يقول الفقير وفيه كلام تأمل
لعل الفتوى على قول ابي يوسف وما يلزم احدهما من الدين في الكفالة
بلا امر لا يلزم الآخر في الاصح لانعدام معنى المفاوضة ابتداء وانتهاء

وقوله في الاصح اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعضهم من عدم التفرقة بين ما اذا كان بامره او بغير امره
بالاطلاق جواب الجامع الصغير وفيه يحمل في جوابه على المقيد وهو ما اذا كانت بامره كذا في الهداية
وان ورث احدهما ازاحد المتفاوضين ما يصح به اي فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة او وهب له او لاحد المتفاوضين ما يصح فيه الشركة وقبضه الموهوب له
صارت الشركة عنانا منقلبة اليه لفوات المساواة فيما يصلح راس المال وهي شرط
ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام سبب حتى الا انها
تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط في العنان ابتداء وكل ما ليس
بشرط فيه ابتداء ليس بشرط دواما لان للدوام حكم الابتداء وكذا تنقلب عنانا
ان فقد فيها اي في المفاوضة شرط لا يشترط في العنان كما فقدان زوال المساواة
وان ورث عرضا او عقارا بقيت مفاوضة لانها مما يصلح فيه الشركة ولا تصح
مفاوضة ولا عنان الا بالدراهم والدنانير عند اصحابنا جميعا او بالفلوس النافقة
اي الرائجة عند محمد قيد الفلوس بالنافقة فقط ولهذا اعاد الجار في قوله او بالفلوس
اما الدراهم والدنانير فهي اثمان الاشياء خلقة ووضعا ولا خلاف في ذلك واما الفلوس
فلانها اذا راجت الحقت بالاثمان وعن ابي يوسف انه لا يجوز لان ثمنيتها يتغير بالاصطلاح
ومحمد مر على اصله في ثمنيتها حتى لا يتعين بالتعيين حالة التفاوت والرواج او بالتبر
وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة والنقرة وهي القطعة المذابة من الذهب
او الفضة يقال نقرة فضة على الاضافة للبيان كذا في المغرب ان تعامل الناس بهما
وهو الاصح لانهما وان خلقا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لا ينصرف الاسم عند
الاطلاق الى التبر والنقرة وانما ينصرف الى المضروب الا انا اجرينا التعامل
مجرى الضرب عملا بالعرف فالحقناهما بالمضروب عند التعامل وقيل يجوز مطلقا
لان الذهب والفضة خلقا ثمنين كيف ما كانا وان كان لاحدهما دراهم
وللاخر دنانير او لاحدهما سود وللآخر بيض جازت المفاوضة ان استوت
قيمتهما لانهما جنس واحد في الثمنية وان تفاضلا في القيمة لا تصح مفاوضة وتصح عنانا
وروي عن الحسن عن ابي حنيفة انها لا تجوز وان استويا في القيمة وهو زفر لان الشركة
تنبني على الخلط ولا اختلاط مع اختلاف الجنس كذا في الاختيار ولا تصحان اي
المفاوضة والعنان بالعروض لان الشركة فيها تؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو باطل
وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما راس ماله فاضعاف
وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في بيع
احدهما مثلا اذا باع احدهما عرضا بالف وباع الآخر عرضه بالف وخمسمائة
ومقتضى العقد الشركة في الكل فيأخذ صاحب الالف زيادة على الالف ربح
ما لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز لنهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن بخلاف الدراهم
والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما براس ماله لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن
في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان
الثمن والربح الحاصل بينهما مضمونا فكان الربح ربح مال مضمون الا ان يبيع احدهما
نصف عرضه بنصف عرض الآخر اذا كانت قيمتاهما على السواء ثم يعقد الشركة
يعني لو باع كل منهما نصف ماله من العروض بنصف مال الآخر صارا شريكين في الثمن
شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب صاحبه ثم بالعقد صارا
شركة عقد حتى جاز لكل منهما في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد
الشركة في العروض ووجهه انه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله
بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر
بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

ثم انه لو كان بينهما تفاوت في القيمة يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة مثلا اذا كانت قيمة عرض
احدهما اربعمائة درهم وقيمة عرض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه
بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر راس مالهما
ولا بالمكيل والموزون والعددي المتقارب وهو ما لا يتفاوت احاده كالجوز والبيض
قبل الخلط اتفاقا لانه يتعين بالتعيين فنزل منزلة العروض فلكل واحد منهما متاعه
وله ربحه وعليه وضيعته واحترز بالمتقارب عن المتفاوت وهو ما يتفاوت احاده
تفاوتا فاحشا كالبطيخ والرمان فانه لا يجوز الشركة فيه قبل الخلط وبعده
وان خلطا اي الشريكان جنسا واحدا كان يكون لاحدهما مقدار من الحنطة وللآخر كذلك
فخلطا ثم اشتركا فشركة عقد عند محمد وشركة ملك عند ابي يوسف وهو ظاهر
الرواية وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا شرطا الربح لاحدهما زيادة على نصيبه فعند ابي
يوسف لا يستحق تلك الزيادة بل الربح لكل واحد منهما بقدر ملكه وعند محمد بينهما
على ما شرطا وجه الظاهر ان ما صلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه
كالنقود فكذا ما لا يصلح راس المال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه
وهذا لان قبل الخلط انما لا يصح الشركة لانه يتعين بالتعيين وهذا المعنى لا يبطل
بالخلط ولمحمد ان المكيل والموزون والمعدود عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين
ثمن من وجه حتى يصح البيع به دينا في الذمة كما في السلم اذ هو من احكام الثمن
فلشبهه بالعرض لم يصح الشركة به قبل الخلط ولشبهه بالثمن صحت الشركة
بعد الخلط توفيرا على الشبهين حظهما بخلاف العروض لانها ليست بثمن بحال
وان خلطا جنسين كخلط الحنطة بالشعير مثلا لا تنعقد الشركة اتفاقا
وان كانت شركة الملك ثابتة والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال
حتى ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل راس المال لكل واحد وقت القسمة باعتبار المثل فصار
كالاثمان ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل راس مال كل واحد
وقت القسمة فصار كالعروض واذا لم يصح الشركة فحكم الخلط هنا كحكم الخلط
في الوديعة وهو ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه
فينقطع حق المالك الى الضمان وسيجيء ان شاء الله تعالى في كتاب الوديعة وشركة عنان
معطوف على قوله في بيده الكتاب مفاوضة مأخوذ من عن اذا عرض سمي به لانه شيء
عرض في هذا القدر لا على العموم في الوكالة والكفالة وقيل مأخوذ من عنان الفرس
لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك
ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي قال صاحب الكافي او من عنان الفرس
لان كلا منهما جعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه او لانه يجوز ان يتفاوتا
في راس المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والارخاء
وهي اي شركة العنان ان يشتركا متساويين فيما ذكر في المفاوضة
او غير متساويين يقول الفقير اذا اشتركا متساويين في جميع ما ذكر في المفاوضة
تكون عين المفاوضة فلا وجه في التعريف للترديد بين التساوي وعدمه اللهم الا ان يقال
المراد من الترديد ان يقال وهي ان يشتركا بلا شرط التساوي في جميع ما ذكر
لكنه يوهم ما يوهم تدبر وتتضمن اي شركة العنان الوكالة لتحقق المقصود بالشركة
وهو التصرف في مال الغير دون الكفالة لانها تثبت في المفاوضة ضرورة
المساواة والكفالة تقتضيها اللفظ وهذا اللفظ لا ينبئ عنه لانه مشتق من الاعراض
يقال عن له اي اعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى
اللفظ وتصح اي شركة العنان في نوع من التجارات كالبز ونحوه وفي عمومها اي عموم
التجارات وببعض مال كل منهما وبكله اي بكل مال كل منهما

لان المساواة في المال ليست بشرط فيها العقد اذ لفظ العنان لا يقتضيه بخلاف
لفظ المفاوضة هذا ساقط ومع التفاضل في رأس المال بان يكون لاحدهما الف وللآخر
الفان مثلا والربح بان يكون ثلثا الربح لاحدهما وثلثه للآخر ومع التساوي فيهما
اي في رأس المال والربح او التساوي في احدهما دون الآخر اي التساوي في رأس المال
والتفاضل في الربح والعكس اذا عملا ومع زيادة الربح للعامل عند عمل احدهما
وقال زفر لا يصح التساوي في المال والتفاوت في الربح ولا العكس ولا يجوز
الا ان يكون الربح على قدر رأس المال لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن ولانه لا يجوز
اشتراط الوضيعة فكذا الربح ولنا قوله عليه السلام الربح على ما اشترط العاقدان
والوضيعة على قدر المال ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كالمضارب
فان احدهما ربما يكون اهدى بامور التجارات او اهدى الى البياعات فلا يرضى
بالمساواة فاذا تساويا في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضيعة فالربح
على ما شرطا والوضيعة على قدر المال قال عليه السلام الربح على ما شرطا
والوضيعة على قدر المالين من غير فصل ولانا جوزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة
العمل واما زيادة الوضيعة فلا وجه لها فصار كما اذا شرطا الوضيعة
على المضارب فانه لا يصح كذلك ههنا قال صاحب العناية مجمل القول
في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي
في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا
وان عمل احدهما دون الآخر واما اذا اشترطا العمل على احدهما فان شرطا
الربح بينهما على قدر رأس المال جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند
العامل ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل اكثر من ماله
جاز ايضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا
الربح للدافع اكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند
العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما ابدا
انتهى وتصح مع كون مال احدهما دراهم ومال الآخر دنانير وكون مال احدهما بيضا
والآخر سودا ولا يشترط الخلط فيهما ايضا اي كالمفاوضة ولفظ ايضا قيد لها
لا للخلط فقط وقال زفر والشافعي لا يصح ما لم يشترط الخلط والوضيعة
على قدر المال وان شرطا خلافه لما روينا من قوله عليه السلام الربح على ما شرطا
والوضيعة على قدر المالين وما شراه كل واحد منهما طولب بثمنه هو اي المشتري
فقط لا الآخر لانه لا يتضمن الكفالة ويرجع على شريكه بحصته منه ان
اداه من خالص ماله لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه يرجع
عليه وان كان لا يعرف ذلك الا بقوله بان يقول اشتريت عبدا ونقدت
الثمن من مالي وهلك العبد فعليه البينة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الغير
وهو ينكر فالقول للمنكر مع يمينه وتبطل الشركة بهلاك المالين
او احدهما قبل الشراء اي قبل شراء شيء لانهما من العقود الجائزة فشرط بقاؤهما
شرط لابتدائها وهذا ظ في هلاك المالين وكذا اذا هلك احدهما لانه
لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا بشركته في ماله فاذا فات ذلك لم يكن
راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم الفائدة وهو اي الهلاك على مالكه اي مالك المال
قبل الخلط حيث هلك في يده او في يد الآخر اما اذا هلك في يده فظ
واما اذا هلك في يد الآخر فلكونه امانة عنده وعليهما اي على الشريكين بعده
اي بعد الخلط حيث هلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين

عند عملهما

فان هلك

فان هلك مال احدهما بعد ما اشترى الآخر بماله شيئا فالمشتري بينهما لان الملك حين
وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال احدهما
بعد ذلك فيرجع المشتري على شريكه بثمن حصته لانه اشترى نصفه بوكالته
ونقد الثمن من مال نفسه وان هلك مال احدهما قبل شراء الآخر شيئا فان كان
وكله حين الشركة صريحا فالمشترى لهما لان الشركة وان بطلت
فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك حتى لا يملك احدهما
ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه ويرجع بحصته لما بينا والا اي وان لم
يوكله حين الشركة صريحا وذكر مجرد الشركة فقط فللمشتري فقط اي
يكون المشترى للمشتري فقط لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي
تضمنتها الشركة فاذا بطلت بطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة
لانها مقصودة ولكل من شريكي المفاوضة والعنان ان يبضع
اي يدفع الآخر وشرط رجع الى نفسه لانه معتاد في عقد الشركة والعنان
جاز العمل ولان له ان يستأجر على تحصيل الربح بلا خلاف والتحصيل بغير
عوض دونه فيملكه لان من ملك الاعلى ملك الادنى ويضارب لان المضاربة
دون الشركة فتتضمنها وهذا ظ الرواية عن ابي ح انه ليس له ذلك
لانه نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد
الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة
فكذا لا يدفع مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل
لان الشركة في المضاربة غير مقصودة انما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت
بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استأجر اجيرا ليعمل فانه يجوز
قولا واحدا وهذا اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل
ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة فان الاجير اذا
عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستأجر ضامنا للاجرة
ومن هنا غلط ويستأجر ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع
والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل
بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين
فلا يستتبع مثله ويودع لانه من عادة التجار ولا يجدون منه بدا غالبا ويده
اي يد كل من الشريكين في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه
البدل ولا على وجه الوثيقة فصار كالوديعة وقولنا لا على وجه البدل احتراز
عن المقبوض على سوم الشراء لانه قبض لاجل ان يدفع الثمن وقولنا ولا على وجه
الوثيقة احتراز عن الرهن فان الرهن مقبوض لاجل الوثيقة فلا يكون
يد القابض فيها يد امانة وشركة الصنائع والتقبل معطوف على قوله وشركة العنان
وهي اي شركة الصنائع والتقبل ان يشترك خياطان او صباغ وخياط مثلا على
ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما وقال الشافعي لا تجوز هذه الشركة
لان الشركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال لتحصيل الزيادة والنماء
بالعمل فيه فاذا عدم المال كيف يتحقق الشركة ولنا انها ما وضعت للتثمير شرعت
للتحصيل وذا ممكن فان كل واحد منهما اذا تقبل عملا فهو اصيل في النصف ووكيل
عن صاحبه في النصف والوكالة في التقبل جائزة فصار العمل واجبا عليهما وما حصل من العمل
يكون بينهما فيتحقق الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان
خلافا لمالك وزفر رحمهما الله لان كل واحد منهما ما عجز عن العمل الذي يتقبله
صاحبه لان ذا ليس من عمله فلا يحصل المقصود من عقد شركة

ولئن كان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن ذلك العمل ومن
لا يحسنه اذ لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بنفسه بل له ان يقيم باعوانه وعن هذا
قال وصح ان يشترك خياطان او خياط وصباغ اشارة الى عدم اشتراط اتحاد
العمل والمكان ولو شرطا ان الشريكان العمل نصفين والربح اثلاثا جاز
وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة ربح ما لم يضمن
فلا يجوز العقد لتأديته الى ربح ما لم يضمن وجه الاستحسان انا نقول ما يأخذه لا
يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان راس المال العمل والربح
مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك
تقويما منهما للعمل فيتقدر بقدر ما قوم ولا يصح لانه لم يتاد الى ربح ما لم يضمن
وكل عمل تقبله احدهما يلزمهما فعلى كل واحد منهما الطلب بالعمل ولكل منهما
طلب الاجر والقياس ان لا يلزم شريكه لان ذلك مقتضى المفاوضة والشركة ههنا مطلقة
وجه الاستحسان ان هذه الشركة تقتضي الضمان حتى كان ما يتقبله كل واحد
منهما مضمونا على الاخر ويستوجب الاجر بما يتقبله شريكه فكان كالمفاوضة في
ضمان الاعمال والمطالبة بالابدال ويبرأ الدافع بالدفع اليه اي دفع الاجر الى احدهما
استحسانا ايضا ويكون الكسب بينهما وان عمل احدهما فقط لان هذا
مقتضى المفاوضة المتضمنة للكفالة وهذه الشركة في اقتضاء الضمان كالمفاوضة
على ما مر انفا ولان من لم يعمل يستحق الاجر بسبب نفاذ التقبل عليه هو
ويصير العامل معينا له وشركة الوجوه عطف على قوله وشركة الصنائع
سميت بها لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس ولانه ليس
لهما مال ولا عمل فيجلس كل واحد منهما ينظر وجه صاحبه وهي جائزة
عندنا خلافا للشافعي والوجه مثل الجانبين ما بيناه في شركة الصنائع
وهي اي شركة الوجوه ان يشتركا ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما
اي بجاهيهما وامانتهما عند الناس وصيغة الجمع على طريقة قوله تعالى فقد صغت
قلوبكما ويبيعا والربح بينهما يعني على ان يشتريا بلا نقد الثمن بسبب
وجاهتهما فيبيعا فما حصل من الثمن يدفعان منه الى بايعها فان فضل شيء يكون
مشتركا بينهما فان شرطاها مفاوضة بذكر لفظ المفاوضة او بشرط المساواة
في الامور التي يشترط المساواة فيها في المفاوضة بقدر ما يمكن صحت
فيترتب عليها احكام المفاوضة ومطلقها عنان فيترتب عليها احكام العنان
لان المطلق ينصرف اليه يقول الفقير ثم اعلم انه لا فرق بين شركة
الصنائع وبين شركة الوجوه في صحة كونها مفاوضة بالشرط وكون
مطلقها عنانا على ما صرح به في الكتب فكان ينبغي للمص رحمه الله
ان يذكرها في الصنائع ايضا كما لا يخفى وعلى ما قلنا اشارة في
حاشية مولانا الفاضل يعقوب باشا ان شئت فراجعها
وتتضمن هذه الشركة عند الاطلاق الوكالة فقط فيما يشتريان لان التصرف
على الغير لا يكون الا بالوكالة واما لو شرطا مفاوضة فتتضمن الكفالة
ايضا وكذا شركة الصنائع فان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته
فالربح كذلك اي يكون بطريق المناصفة او المثالثة لان استحقاق الربح
بالضمان والضمان يتبع الملك في المشترى فيتقدر بقدره وشرط الفضل باطل
يعني لو شرطا مناصفة المشترى او مثالثة الربح بطل الفضل ويكون انصافا
لان الفاضل ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وهذه ليست في معناها

فصل

لما فرغ من الشركة الصحيحة شرع في الشركة الفاسدة لان الصحيح موجود اصلا ووصفا
والفاسدة موجودة اصلا لا وصفا فكان تقديم ما كان موجودا من كل وجه اولى
ولا تصح الشركة فيما لا تصح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد
والاستقاء لان الشركة متضمنة بمعنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان
امر الموكل به غير صحيح وملخصه ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة
امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لكونه صادف
غير محل ولايته ولان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن تملك شيئا بدون امر الموكل
لا يصح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل
وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيما يملكه بدون امره لئلا يلزم
اثبات الثابت وما جمعه كل واحد بلا عمل من الاخر ولا اعانة فله خاصة لانه
لما لم تثبت الشركة يثبت الملك للجامع خاصة وان اعانه الاخر بان قلعه احدهما
وجمعه لكن حمله الاخر مثلا فله اي للمعين اجر مثله لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد
فلزمه اجر مثله لا يزاد الاجر على نصف ثمن المأخوذ عند ابي يوسف لرضاه بنصف
المأخوذ وان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المآل فكانت جهالته على شرف
الزوال لانه بعرضية ان يكون معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف
المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوزه
نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة خلافا لمحمد
فان عنده يلزم اجر مثله بالغا ما بلغ لانه لا يمكن تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع
لانه مجهول جهالة فاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدري ان اي نوع من الحطب
يصيبان واي قدر يجمعان ولا يدري ايضا بانهما هل يجيئان بما عقدا عليه عقد الشركة
او لا يجيئان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى
من الحطب ونحوه ولان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا انه
لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ ههنا اولى لانهما اصابا به
كذا في العناية وما اخذاه معا فلهما لانه اثر عملهما نصفين حال لاستوائهما في سبب
الاستحقاق وكذا ان كان لهما كلب فارسلاه معا كان ما اصيب بينهما ولو كان
الكلب لاحدهما وكان في يده كان ما اصابه الكلب لصاحبه خاصة وان كان لكل واحد
منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه فاصابا صيدا واحدا كان بينهما نصفين وان اصاب
كلب كل واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة كذا في البيانية وان كان لاحدهما بغل
وللاخر راوية وهي في الاصل بعير السقاء لانه يروي الماء اي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة
وهي المراد ههنا قال ابو عبيد المزادة لا تكون الا من جلدين تتم بجلد ثالث بينهما لتتسع
والجمع مزاد ومزائد فاستقى احدهما فالكسب له اي للمستقي وللاخر اجر مثل ماله
اي للاخر اجر مثل الراوية ان كان المستقي صاحب البغل واجر مثل البغل ان كان المستقي
صاحب الراوية اما فساد الشركة فلما ذكر من انعقادها على احراز المباح وهو الماء
واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى
منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره والربح في الشركة الفاسدة
على قدر المال ويبطل شرط الفضل كما اذا شرط في الشركة دراهم مسماة من الربح لاحدهما
فيفسد العقد ويكون الربح على قدر المال ويبطل شرط الفضل لان الاصل ان الربح تابع
للمال فيتقدر بقدره كالريع فانه تابع للبذر في الزراعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد
فسدت فبقي الاستحقاق على قدر المال ويبطل شرط التفاضل وههنا سؤال وجواب

في العناية ان شئت فراجعه

وتبطل الشركة بموت احدهما اى احد الشريكين ولحاقه بدار الحرب مرتدا ان حكم به لانها تتضمن الوكالة
ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا باللحاق بدار الحرب مرتدا اذا قضى
القاضي باللحاق لانه بمنزلة الموت على ما بيناه سابقا واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة ولا فرق بين
ما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي لكن موت الموكل موجب لعزل الوكيل حكما
لتحول ملكه الى الورثة فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم الا ترى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان
لم يعلم بموته بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف
على علم الاخر لانه عزل قصدي كذا في الهداية ولا يزكي احدهما مال الاخر بلا اذنه لان اداء
الزكاة ليس من جنس التجارة فلا يكون وكيلا فيه فان اذن كل منهما لصاحبه في اداء
زكاته فاديا معا اى ادى كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما في زمان واحد او لا يعلم
التقدم والتاخر ضمن كل واحد منهما حصة صاحبه وتقاصان وان كان مال احدهما اكثر رجع
وفائدة الضمان مع التقاص رجوع احدهما ان ازاد الاخر وان اديا متعاقبا ضمن الثاني
علم باداء الاول او لا عند ابي ح رح لانه اتى بغير المامور به لانه اسقاط الواجب عنه ولم يسقط
فصار مخالفا فيضمن علم او لم يعلم لانه صار معزولا باداء الموكل حكما لفوات المحل وذا
لا يختلف بالعلم والجهل كالوكيل ببيع العبد اذا اعتقه الموكل ينعزل علم به او لا
وقالا لا يضمن ان لم يعلم لانه مامور بالدفع الى الفقير وقد اتى به فلا يضمن لان في وسعه التمليك لا
وقوعه زكاة ولا يطلب منه الا ما في وسعه يقول الفقير سوق كلام المص يشعر بان الخلاف بين ح
وصاحبيه انما هو فيما اذا اديا متعاقبا لا في ادائهما معا وسوق كلام صدر الشريعة ايضا يشعر
بل يقتضي ما قلنا لانه قال في شرح قول تاج الشريعة وان اذن كل صاحبه فاداياه ولاء
ضمن الثاني وان جهل باداء الاول عند ابي ح رح وعندهما اذا جهل باداء الاول لا يضمن ثم سكت
في شرح قوله وان اداياه معا ضمن كل فتسقط جزء ولم يبين الخلاف فيه لكن قال مولانا الفاضل
اخي چلبي يعني عند الامام الاعظم خلافا لهما وسوق كلام صاحب الهداية ايضا يشعر بما قلنا لكن صرح
صاحب الكافي بثبوت الخلاف في الصورتين معا حيث قال فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي
الزكاة عنه فاديا معا ضمن كل واحد نصيب صاحبه علم او لم يعلم عند ابي ح رح وعندهما لا يضمن ان
لم يعلم وان اديا بالتعاقب ضمن الثاني للاول عند ابي ح رح علم باداء الاول او لا وعندهما ان علم
باداء صاحبه ضمن والا فلا كذا اشار في كتاب الزكاة وفي الزيادات لا يضمن الثاني علم باداء
شريكه او لا وهو الصحيح عندهما انتهى اذا تقرر هذا فاعلم ان في تحرير المص قصورا لا محالة
اللهم الا ان يقال قوله وقالا لا يضمن ان لم يعلم يرجع الى المسئلتين معا ويعينه مخالفة ثالثة
فان قلت هل يجب عليه ذكر الخلاف الواقع في جميع المسائل قلنا يجب عليه ما وعده
في صدر الكتاب نعم لا باس بعدم ذكره في بعض المسائل نادرا اذا لم يوهم عدم ذكره كون
المسئلة متفقا عليها وهنا يوهم كون الاولى متفقا عليها وليست كذلك على ما نقلنا
من الكافي وما ذكره صدر الشريعة يقتضي كون المسئلة متفقا عليها في صورة ادائهما معا فتتبع
وان اذن احد المتفاوضين لشريكه ان يشتري امة ليطأها ففعل فهي له اي للمشتري
بلا شيء اي لا يغرم لشريكه شيئا عند ابي ح رح لان الجارية تدخل في ملكهما جبرا
على مقتضى الشركة ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك
فصار كما اذا اشتريا امة ثم قال احدهما للاخر ابعها لك كان هبة
وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة بخلاف طعام الاهل وكسوتهم
لان ذلك مستثنى من الشركة للضرورة كما مر بيانه ولا ضرورة في
مسئلتنا ويؤخذ كل بثمنها المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة
كما في الطعام والكسوة وقالا لا يضمن حصة شريكه لان الشراء
وقع للمامور خاصة فكان الثمن واجبا عليه وقد ادى من مال الشركة
فيرجع عليه بنصف الثمن كما في ثمن الطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال
وهو مصدر وقفه وقفا حبسه ويقال وقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه
وقف ارضه وداره على ولده لانه حبس الملك عليه وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر
وجمعه على اوقاف كوقت واوقات قالوا ولا يقال اوقفه الا في لغة ردية وقيل يقال وقفه فيما
يحبس باليد واوقفه فيما لا يحبس بها كذا في المغرب قال صاحب العناية وهو مصدر وقفت الدابة
وقوفا ووقفتها انا يتعدى ولا يتعدى ووقفت على المساكين وقفا واوقفتها لغة ردية انتهى
قال مولانا الفاضل سعدي افندي اقول فيه بحث فان مصدر وقف اللازم يجيء وقوفا
على ما اعترف به لا وقفا والجواب ان مقصوده انه مصدر وقفتها انا وذكر وقفت الدابة للتوطئة
يدل على ذلك ذكر المصدر الاول دون الثاني انتهى ثم اعلم ان الاصل في جواز الوقف ما روي
انه صلى الله عليه وسلم تصدق بسبع حوائط في المدينة وكذلك الصحابة رضي الله عنهم وقفوا
حتى روي في صحيح البخاري عن نافع ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعمر رضي الله عنه كانت له ارض يقال لها
ثمغ بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم وبالغين المعجمة كانت نخلا نفيسا فقال عمر يا رسول الله
اني استفدت مالا وهو عندي نفيس فاتصدق قال تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا
يورث ولكن لينفق من ثمرتها فتصدق به عمر رض في سبيل الله وفي الرقاب والاضياف
والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه وهذه الارض كانت سهم عمر رض بخيبر حين
قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم اراضي خيبر بين اصحابه وشرطه كون الواقف حرا عاقلا
بالغا وكون المحل غير منقول وركنه ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج
الوقف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه هو اى الوقف حبس العين
على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء او على وجه من وجوه الخير ثم انه قيل المنفعة
معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده والاصح انه جائز اجماعا الا انه
غير لازم عنده كالعارية فيرجع ويباع ويوهب ويورث ومن هنا قال كالعارية حتى يجوز
رجوعه في اي وقت شاء ويورث عنه فلا يلزم ولا يزول ملكه اي ملك الواقف عنه لقوله
صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة
بين ورثته لان النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما
قام عليه دليل كالوصية وعن شريح رض جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس وهذا يدل
على ان لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة الا ان يحكم به حاكم
وصورته ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع عنه فينازعه بعلة اللزوم
فيختصما الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه فيلزم ح ويزول الملك لان القاضي اذا قضى
في فصل مجتهد فيه ينفذ قضاؤه او يعلقه اي الوقف بموته بان يقول اذا مت فقد وقفت
داري مثلا يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي ح رح فقال بعضهم يلزم ويزول الملك
بالتعليق بالموت كحكم الحاكم به لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعليق به يجعله انه اراد
اخراجه عن ملكه وقال بعضهم يلزم بالتعليق ولا يزول الملك وهو الصحيح لان الواقف تصدق
بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك الا انه تصدق بها تصدقا مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية
بالمنافع مؤبدا فيلزم لكن لا يزول ملكه قال صاحب الكافي ولو علقه بموته يكون لازما
بالاجماع ولكن عنده يكون رقبتها ملكا له او لورثته وقال ابن الملك في شرح مجمع البحرين
والوقف المعلق بالموت يكون لازما بعد الموت بالاتفاق لا قبله لانه بمنزلة الوصية
بالغلة ولزوم الوصية انما يكون بعد الموت انتهى يقول الفقير صدر الشريعة
جعل الخلاف في صورة التعليق في اللزوم وليس كذلك بل الخلاف في زوال الملك
على ما نقلناه من الكافي والى ما ذكرنا اشارة في كلام صاحب الاصلاح والايضاح فتتبع

ثم اعلم ان المراد بالحاكم المولى من قبل السلطان واما المحكم ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء
صاحب الخلاصة اما حكم المحكم في الحبس المضاف في مسائل المجتهدات فالاصح انه ينفذ
ولكن لا يفتى به وقال في الفتاوى الصغرى الحاكم المحكم اذا قضى على المحكمين فالجواب
انه ينفذ وجاء في فتاوى سمرقند لا ينفذ زجرا لهم وقال صاحب البيانية واني
اقول لا احل لاحد ان يفعل ذلك في الطلاق ولا ازيد على هذا وحكي عن شمس الائمة
الحلواني انه قال مسئلة الحاكم المحكم تعلم ولا يفتى به وكان يقول فيه المذهب يجوز
الا ان استاذي الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل
ولا يفتى به لئلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا انتهى ما في البيانية
وعندهما هو اي الوقف حبس العين على ملك الله تعالى فيزول عنه ملك الواقف
الى الله تعالى على وجه يعود نفعه الى العباد فيلزم فيزول ملكه لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ولفظ الوقف ينتظمها اي ينتظم ما قال ابو حنيفة وهو حبس العين على
ملك الواقف وما قال صاحباه وهو حبس العين على ملك الله تعالى لان الوقف
الحبس مطلقا فترجح احد المذهبين على الاخر بالدليل ودليل الترجيح لهما ما ذكرناه
ولهما ما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه حين اراد
ان يتصدق بارض له تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان
الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن
دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فانه يخرج
من ملك الواقف ولا يدخل في ملك احد لكنه يصير محبوسا على ملك الله تعالى
لنفع قربة قصدها فيجعل الوقف كذلك بمجرد القول اي يلزم فيزول ملكه بمجرد قوله
وقفت رضي عنه او صار هذه ولا يحتاج الى القضاء ولا الى التسليم عند ابي يوسف
لانه شرع لاسقاط ملك الواقف من العين لا للتمليك فيلزم فيزول الملك بدون
التسليم كالاعتاق وعند محمد لا يلزم ولا يزول الملك ما لم يسلم اي الموقوف الى ولي
لانه صدقة لحديث عمر رضي الله عنه فيكون التسليم من شرطه كالصدقة بل اولى
لان جوازه مختلف فيه وجوازها لا ولان التمليك منه تعالى لا يتحقق قصدا
لان ما في ايدينا كله ملكه تعالى على التحقيق الا ان ما يثبت له تعالى من الحق في الصدقة
يثبت في ضمن التسليم الى العبد فتنزل منزلة الزكوات والصدقات ولو مات
قبل التسليم لصار دينا مستحقا عليه فيصير تركة سببا للزوم ما لم يتبرع به كذا
في الكافي ولا يتم مسائل الائمة الثلاثة فرع عليها بقوله فلو وقف وقفا
على الفقراء او بنى سقاية وهي موضع يبنى في الطرقات فيملأ بالماء لينتفع بها ابناء
السبيل او خانا وهو الذي يبنى للتجارة في الامصار او رباطا وهو الذي
يبنى في الطرقات لانتفاع المسافرين لبني السبيل متعلق بقوله بنى او جعل
ارضه مقبرة وهي بفتح الباء وضمها واحد المقابر في ترتيب البيع افادته لا يزول
ملكه عنه اي عن كل ما ذكر الا بالحكم عند الامام لانه لم ينقطع منه حق العبد
الا يرى ان له ان ينتفع به ويسكن في الخانات وينزل في الرباط ويشرب من السقاية
ويدفن في تلك الارض التي جعلها مقبرة فيشترط حكم الحاكم به يزول العين
وفيه بحث لانه يوهم جواز الانتفاع به للواقف وعدم جواز السكنى في الخان
وعدم جواز النزول في الرباط بعد حكم الحاكم به تدبر ثم يتوقف العين
كان الانسب للمصنف ان يقول الا بالحكم او بالاضافة الى ما بعد الموت
لانه ذكره اولا لكن تركه هنا نظرا الى ان عدم زوال الملك بالاضافة هو الاصح
ولهذا قال هناك وقيل اشارة الى ضعفه ايضا قال في صدر الشريعة فلو
وقف مطلقا فاقتضى ذلك عدم ذكر الاضافة في الاستثناء تدبر

وعندابي

وعند ابي يوسف يزول بمجرد القول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط وعند محمد
يزول اذا سلم الى المتولي كما هو اصله عنده واذا استقى الناس من السقاية في
سكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة قال صاحب العناية وعند محمد لا بد من التسليم
ولكن في كل باب يعتبر ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى وفي الرباط بالنزول وعند
السقاية بشرب الماء وفي المقبرة بالدفن ويكتفى في ذلك بالواحد لتعذر اجتماع
جميع الناس قال صاحب الهداية وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم
في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه
واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما
لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح تسليمه اليه وشرط لتمامه اي لتمام
الوقف بعد ما لزم باحد الامور المذكورة ذكر مصرف مؤبد مثل ان يقول على كذا وكذا ثم
على فقراء المسلمين عند محمد وعند ابي يوسف يصح بدونه اي بدون ذكر مصرف مؤبد مثل
ان يقف على اولاده او على امهات اولاده لان الوقف ازالة الملك الى الله وذا يقتضي
التابيد فلا حاجة الى ذكره كالاعتاق ولمحمد ان الوقف تصدق بالمنفعة وذا يحتمل ان
يكون موقتا ومؤبدا فلا بد من التنصيص واذا انقطع المصرف صرف الى الفقراء
ولا يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا فعلم من هذا
التقرير ان التابيد شرط البتة الا عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التابيد
وعند محمد ذكر التابيد شرط قال مولانا الفاضل يعقوب باشا وهذا هو الصحيح
وان تفرد صاحب الهداية بالنقل وقال صاحب الكافي والصحيح ان التابيد شرط
على قول الكل ولكن ذكره ليس بشرط عند ابي يوسف وعند محمد يشترط وفي
رواية عن ابي يوسف ان نفس التابيد ليس بشرط حتى لو سمى جهة تنقطع
فانقطعت عاد الوقف الى ملك الواقف ان كان حيا والى ملك ورثته ان كان ميتا
وصاحب الهداية اشار الى هذه الرواية اولا ثم ذكر الرواية الاولى بصيغة التمريض
ثم انه قيل قول ابي يوسف هنا كقول محمد في الكافي والهداية وصح عند ابي يوسف
وقف المشاع مطلقا سواء يحتمل القسمة اولا لان الوقف عنده اسقاط الملك
والقبض عنده ليس بشرط فالشيوع لا يمنع وان طلب الشريك القسمة فيما يحتملها
يقسم وان حكم به حاكم جاز بالاجماع وصح جعل غلة الوقف او بعضها او الولاية لنفسه
يعني جاز للواقف ان يشترط انتفاعه من وقفه وتوليته لنفسه عند ابي يوسف
اما الاول فلما روي انه صلى الله عليه وسلم كان ياكل من وقفه ولا يحل له الا بالشرط
فعلم انه مشروع واما الثاني فلان المتولي يستفيد الولاية منه ومن المحال ان لا يكون
له ذلك وهو يستفيد غيره منه ومشايخ بلخ اخذوا بقول ابي يوسف وعليه الفتوى
ترغيبا للناس في الوقف كذا في الخانية الا انه لو لم يكن امينا فللقاضي عزله دفعا
للضرر عن الفقراء ولو كان شرط الواقف ان لا يعزله احد لا يلتفت اليه لانه
مخالف للشرع لدفع ضرر الفقراء كاخراج الوصي اذا كان خائنا نظرا للصبي
ولو صار صالحا بعده لا ينتقل الولاية اليه كذا في شرح مجمع البحرين نقلا عن المحيط
قال صاحب الاختيار ولا يجعل القيم من الاجانب ما دام يجد من اهل بيت الواقف
من يصلح لذلك اما لانه اشفق او لان من قصد الواقف نسبة الوقف اليه وذلك
فيما ذكرنا فان لم يجد منهم من يصلح فمن الاجانب من يصلح فان اقام اجنبيا ثم صار من ولده من يصلح
صرفه اليه انتهى وصح جعل الكل اي كل الغلة او البعض اي بعض الغلة لامهات اولاده او
مدبريه ما داموا احياء وبعدهم للفقراء عند ابي يوسف لانه لو شرط الغلة لنفسه حال
حياته يجوز فهذا اولى وصح شرط ان يستبدل به اي بالوقف غيره اذا شاء عند ابي يوسف
استحسانا لان فيه تحويله الى ما يكون خيرا من الاول او مثله فكان تقريرا لا ابطالا

خلافا لمحمد في الكل اي كل المذكور من وقف المشاع الى هنا اما المشاع فلان اصل القبض عنده
شرط فكذا ما يتم به وهو القسمة لكن هذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع
عند محمد ايضا حتى لو وقف نصف الحمام جاز لانه يعتبر بالهبة والصدقة المنفذة الى الفقير
ثم اعلم ان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة في غير المسجد والمقبرة واما في المسجد والمقبرة
فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراد الواقف من اتخاذ
المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل
القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فلان بقاء
الشركة يمنع الخلوص لله تعالى واما بعدها فلان فرض المسألة فيما اذا كان الموضع غير صالح
لذلك لصغره فينبغي ان يكون بطريق المهايأة وهي في المقبرة ونحوها مقاسمة المنافع
مع ان يتراضى الشريكان ان ينتفع هذا بهذا النصف وذاك بالنصف الاخر وهنا
يكون في كل من الزمان وذاك يكون في كل من الزمان بتغير الزمان الاول والمهايأة
في المسجد والمقبرة في غاية القبح بان تقبر فيه الموتى سنة وتنزع ويزرع فيه في وقت
ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف سائر الوقف لامكان الاستغلال وقسمة
الغلة واما جعل غلة الوقف لنفسه فلان في الوقف معنى التمليك عنده والتمليك من نفسه
غير متحقق فلا يجوز واما جعل الولاية لنفسه فلان التسليم عنده شرط واشتراط
الولاية لنفسه ينافيه واما جعل الكل او البعض لامهات اولاده ومدبريه ما داموا
احياء وبعدهم للفقراء فلان اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه لان ملكه فيهم
باق ما دام حيا ولم يوجد الاعتاق ابتداء واما اشتراط الاستبدال فعنده الشرط باطل
والوقف جائز لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله لله والوقف يتم
بدونه فيبقى الاستبدال شرطا فاسدا كما في المسجد اذا شرط الاستبدال او
شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فكذا هنا
وصح وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوا على ما روينا من وقف عمر رضي
وكذا يصح وقف المنقول المتعارف وقفه عند محمد كالفاس بفتح الفاء مهموزا
يقال له بالفارسية تبر والمر بفتح الميم وتشديد الراء المهملة ما يعمل به في الطين يقال له
بالفارسية بيل والقدوم بفتح القاف وضم الدال المهملة المخففة الذي ينحت به
ويقال له بالفارسية تيشه والمنشار بالكسر والنون والشين المعجمة منشار
النجار يقال له بالفارسية اره والجنازة بالكسر السرير وبفتحها والمراد هنا
الثياب التي يصنع من قطعة ستر الكعبة ونحوها يستر بها الميت على الجنازة
والقدور جمع القدر وهو بكسر القاف وسكون الدال المهملة وآخره راء مهملة
اناء يصنع من الطين ليطبخ فيه يقال بالفارسية ديك والمراجل جمع المرجل
بكسر الميم وسكون الراء المهملة وفتح الجيم قدر من نحاس والمصاحف جمع المصحف
والكتب جمع كتاب قال صاحب الدرر اذا وقف مصحفا على اهل مسجد
لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه
ولا يكون مقصورا عليه واما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن
يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه اخذ والحاصل ان
وقف المنقول عند زفر جائز مبني على كون وقف ذلك متعارفا بين الناس
حتى قيل ان وقف رجل بقرة على رباط على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى
لابناء السبيل ان كان في موضع يتعارفون ذلك جاز كما يجوز وقف ماء السقاية
كذا في الخانية وابو يوسف معه اي مع محمد في وقف السلاح والكراع
اي الخيل والابل في سبيل الله والقياس ان لا يجوز لما بينا من ان شرطه
التابيد وهو لا يتحقق في المنقول اصلا وجه الاستحسان الاثار المشهورة

وقف البقر

منها قوله

منها قوله صلى الله عليه وسلم وقد شكى عمر رضي الله عنه من خالد بن الوليد حين منع من الزكاة
ولا تظلمون خالدا فانه حبس ادرعه واكراعه في سبيل الله وطلحة حبس دروعه في سبيل الله
ادرعه وكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها والسلاح
يحمل عليها وروي انه اجتمع في خلافة عمر رضي الله عنه ثلثمائة فرس مكتوب على افخاذها حبس
في سبيل الله تعالى فيبقى ما وراءه على قضية القياس ومحمد يقول ان التعامل وجد في هذه الاشياء
وما تعارف الناس وليس في عينه نص يبطله فهو جائز والاستصناع فيما فيه تعامل
جوز بهذا الطريق وان كان القياس يأباه والاصل قوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون
حسنا فهو عند الله حسن وان كان المنقول شيئا لم يجر التعارف بوقفه كالثياب
والحيوان لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز
بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فصار كالكراع والسلاح والعقار ولنا ان
الاصل في الوقف العقار لانه ما يتأبد والحق به ما ورد الاثار به وما فيه التعامل
فيبقى الباقي على اصل القياس فصار كالدراهم والدنانير كذا في الكافي
وبه يفتى اي بقول محمد يفتى لحاجة الناس وتعاملهم بذلك وكذا يصح عند ابي يوسف
وقفه اي وقف المنقول تبعا للعقار كمن وقف ضيعة ببقرها واكرتها
وهي بفتحتين جمع اكار وهو ما يقال له بالتركي اكنجي وهم ارقاء ذكره عبيده اي
عبيد الواقف وسائر آلات الحراثة لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت
من الحكم تبعا ما لا يثبت قصدا كالشرب في البيع ومحمد فيه مع ابي يوسف لانه لما جاز
افراد بعض المنقول بالوقف فلان يجوز ان يجعل تبعا لشيء كما في المتعارف فلا يجوز
الوقف فيه تبعا اولى قال مولانا الفاضل سعدي افندي قوله فيما فيه تعامل لم
واما مطلقا فلا واذا صح الوقف اي اذا لزم الوقف على حسب اختلافهم في سبب
اللزوم فلا يملك مبني للمفعول الثلاثي اي لا يكون مملوكا لصاحبه ولا لوارثه ولا
لاحد اصلا ولا يملك مبني للمفعول التفعيلي اي لا يقبل التمليك لغيره بوجه من الوجوه
لما روينا من قوله عليه السلام لعمر حين اراد ان يتصدق بارض له يدعى ثمغ تصدق
باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث قال صدر الشريعة اعلم ان بعض المتأخرين
جوزوا بيع الوقف اذا خرب عمارة الباقي والاصح انه لا يجوز فان الوقف بعد
الصحة لا يقبل الملك كالحر لا يقبل الرقية وقد شاهدنا فيه مثل ما شاهدنا في الاستبدال
وقد قال اولا فيه ونحن لا نفتي بالاستبدال لانا قد شاهدنا فيه من الافساد ما لا يعد ولا يحصى
فان ظلمة القضاة جعلوه حيلة الى ابطال اكثر اوقاف المسلمين وفعلوا ما فعلوا انتهى
يقول الفقير سبحان الله اذا كان ظلمة قضاة زمانه بهذه الصفة وعصره سنة
احدى وخمسين وسبعمائة فما حال قضاة عصرنا وهو الف واثنان وثلاثون
حيث تغير حالهم واختلط الجهال فيهم بحيث حتى ان ينشد في حقهم

قضاة زماننا صاروا لصوصا ● عموما في القضايا لا خصوصا ●
يرون الغنم اموال اليتامى ● كانهم تلوا فيها نصوصا ●
وخفنا منهم لو صلوا محونا ● للصوامع خواتمنا فصوصا ●

خشينا

نعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات اعمالنا الا انه يجوز قسمة المشاع عند ابي يوسف
يعني اذا وقف مشاعا وطلب شريكه القسمة يصح مقاسمته عنده قال صاحب العناية والاستثناء
منقطع او متصل لان معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كانه بيع وتمليك انشاء اما
جواز القسمة فلان القسمة تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير الكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان كان الشريك
غير الواقف يقاسمه لان الولاية له وان كان اياه يقاسمه القاضي لئلا يتولى الطرفين ولا يجوز اخذ
الدراهم للوقف لانه يصير بيعا للوقف ويجوز ان يعطي دراهم في الوقف لانه يصير مشتريا للوقف

كذا في الاختيار

وبيان ان ارتفاع الوقف اي غلته بعمارته وان لم يشرطها الواقف لان قصد الواقف
صرف الغلة مؤبدا ولا يبقى الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ان وقف
على الفقراء بحيث لا يظفر بهم المتولي لكثرتهم واقرب اموالهم الى المتولي الغلة فيجدونها
وان وقف على معين فعليه اي فالعمارة عليه لانه معين يمكن مطالبته فكان الخراج بالضمان
ضمان كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها قال صاحب العناية قوله الخراج بالضمان
الحديث وهو من جوامع الكلم ولا جرم ان معانيه جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة
بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الواقف لما كانت للموقوف عليهم كان العمارة عليهم
لكن ان كان الموقوف عليه معينا يعطى من الغلة لان الممكن هنا وان كان معينا فعليه
عمارته ولا يؤخذ من الغلة حتما فان امتنع الموقوف عليه او كان فقيرا عجز عن العمارة بالمال
آجره الحاكم وعمره من غلته لان المقصود من اجرته رعاية للحقين لانه لو لم يعمره يفوت
السكنى اصلا فيفوت حق الواقف وهو الثواب ثم رده اي ردع الحاكم الموقوف اليه
اي على الموقوف عليه لانه حقه ولا يجبر الممتنع على العمارة لان فيها اتلاف ماله ولا
يجبر الانسان على اتلاف ماله ونقض الواقف قال صاحب المذهب النقض بضم النون
البناء المنقوض والجمع نقوض عن الغوري والنقض بالكسر كذا فيه انتهى يصرف الى العمارة
اي عمارة الوقف الباقي ان احتاج الى العمارة والا اي وان لم يحتج الى العمارة
حفظ النقض الى وقت الحاجة لانه لا بد من العمارة البتة ليبقى على التأبيد فيحصل
مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرف اليها والا امسك حتى لا يتعذر
عليه العمارة اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر صرف عينه اي عين النقض
الى العمارة يباع ويصرف ثمنه اليها اي الى العمارة صرفا للبدل الى مصرف المبدل
ولا يقسم بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للمستحقين في العين
انما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم ٥

فصل

فصل احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم
الى المتولي عند محمد ومنع الشيوع عند ابي يوسف وخروجه عن ملك الواقف
عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يحكم به الحاكم فانه فرق ابو حنيفة رحمه الله بين الوقف والمسجد فان الوقف
اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موجهة ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه
واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ويبيعه ولا يورث اذا بنى مسجدا لا يزول
ملكه عنه بمجرد البناء حتى يفرزه عن ملكه بطريقه بان جعل له طريقا عاما يدخل
فيه المسلمون منه لانه لا يخلص لله تعالى الا به ويأذن بالصلاة فيه
لانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد لكن يشترط التسليم اللائق به وذلك
في المسجد بالاذن بالصلاة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه
ويصلي فيه واحد في رواية عن ابي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر
فيشترط ادناه وهو الواحد وفي رواية يشترط صلوة جماعة لان المسجد يبنى
لذلك في الغالب وعن ابي حنيفة انه يشترط الصلاة بالجماعة باذان واقامة
باذن الباني لانه قد يصلي في البيت بجماعة ولا يضر ان يجعل تحته اي تحت
المسجد سردابا وهو بكسر السين معرب سرداب بضم السين وهو بيت يتخذ
تحت الارض للتبرد لمصالحه كما في مسجد بيت المقدس وان جعل السرداب
لغير مصالحه او جعل المسجد فوقه او فوقه اي فوق المسجد بيتا وجعل بابه الى
باب المسجد الى الطريق وعزله اي فرزه عن ملكه بطريقه او اتخذ وسط داره مسجدا
واذن للناس بالصلاة فيه لا يزول ملكه اي ملك الباني عنه اي عن المسجد

وله بيع

وله بيعه ويورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به والمسجد
ما يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد الى ذاته
مع ان جميع الاماكن له تعالى فاقتضى ذلك خلوص المساجد له تعالى ومع بقاء حق العبد
في اسفله او في اعلاه لا يتحقق الخلوص وهذا في الصورتين الاوليين واما
في الصورة الثالثة فلانه اذا كان ملكه محيطا بجميع جوانبه يكون له حق المنع
فلا يصير مسجدا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره
مسكن فهو مسجد لان المسجد ما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو
وعن محمد عكس هذا لان المسجد ما يعظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر
تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل
فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا اي الضرورة
وعند ابي يوسف يزول ملكه اي ملك الواقف بمجرد القول مطلقا سواء كان
مسجدا او غيره لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط الملك فصار
كالاعتاق على ما بيناه اولا ولو ضاق المسجد على المصلين وبجنبه
طريق العامة يوسع المسجد منه اي من الطريق لان كلها للمسلمين نص عليه محمد
عملا بالاصلح وبالعكس يعني لو ضاق الطريق على المارة وبجنبه مسجد
واسع يوسع الطريق منه عملا بالاصلح ايضا وجاز ايضا جعل الطريق مسجدا لا
عكسه اذ يجوز الصلاة في الطريق لا المرور في المسجد كذا في العمادية
رباط استغنى عنه يصرف وقفه الى اقرب رباط اليه لانه اصلح رباط على
بابه قنطرة ولا ينتفع بالرباط الا بالعبور عليها وليس لها وقف يجوز ان تعمر
بما فضل من وقف الرباط لانها مصلحة العامة كذا في الاختيار وشرح المختار
قال صاحب الدرر ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه
يبقى مسجدا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يعود الى ملك بانيه ان كان حيا
والى ملك وارثه ان كان ميتا وعاد الى الملك عند محمد لانه عينه لقربة
معينة فاذا انقطعت عاد الى ملكه كالمحصر بالحج اذا بعث بالهدي ثم زال
الاحصار وادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء ولهما ان القربة
التي قصدها لم تزل بخراب ما حوله اذ الناس في المسجد سواء فيصلي فيه
المسافرون والاقامة بعد الاحصار لم تزل عن ملكه قبل الذبح ومثله
حصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنهما حيث لا يحلان في ذلك
عندهما خلافا لمحمد والرباط والبئر اذا لم ينتفع بهما فانهما ايضا على
هذا الخلاف فيصرف وقف المسجد والرباط والبئر الى اقرب مسجد
ورباط وبئر اليه عندهما واذا اتحد الواقف والجهة بان بنى رجل
مسجدين وعين لمصالح كل منها وقفا وقل مرسوم بعض الموقوف عليه
بان انتقص مرسوم امام احد المسجدين او مؤذنه مثلا بسبب كون وقفه
خرابا جاز للحاكم ان يصرف من فاضل الوقف الآخر اليه لانهما كشيء واحد
وان اختلف احدهما بان بنى رجلان مسجدين او رجل مسجدا ومدرسة
ووقفا لها اوقافا ووقف ذلك الرجل للمسجد والمدرسة اوقافا وانتقص
مرسوم بعض الموقوف عليه لا يجوز للحاكم ان يصرف من فاضل وقف احدهما
الى الآخر كذا في البزازية انتهى والوقف في المرض وصية فيعتبر من الثلث
لانه تبرع فصار كسائر التبرعات قال صاحب العناية في شرح قول صاحب الهداية
ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف
ح على مذهب ابي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده وعندهما يلزم الا

انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال م

لان شرط الواقف كنص الشارع غرر

وتبيع ضايع مجهول من الاتباع بتشديد التاء شرط الواقف في اجارة الوقف ان وجب
شرط الاجارة حتى اذا شرط ان لا يوجر اكثر من سنة والناس لا يرغبون في استيجاره سنة وكان
اجارتها اكثر من سنة ادر على الوقف وانفع للفقراء فليس للقيم ان يخالف شرطه ويوجر اكثر
من سنة بل يرفع الامر الى القاضي حتى يوجره القاضي اكثر من سنة لان للقاضي ولاية النظر للفقراء
والغائب والميت كذا في الدرر والا بان لم يوجد شرط الاجارة فيختار ان لا يوجر الضياع
جمع ضيعة اكثر من ثلاث سنين ولا يوجر غيرها اي غير الضياع اكثر من سنة وبه يفتى
لان المدة اذا طالت يؤدي الى ابطال الوقف فان من رآه يتصرف فيه تصرف الملاك على
طول الزمان يزعم مالكا خصوصا في زماننا كثرت الظلمة وتغلبوا واستحلوا كل شيء نعوذ بالله
من شرهم وقيل يقيد بسنة سواء كان ارضا او دارا لزيادة احتياط في امر الوقف وقيل اذا
لم يوجد شرط الاجارة بل اهمل ينظر على اطلاقها ولا يقيد بمدة فللقيم ان يوجره كيف شاء
ولا يوجر الوقف الا باجر المثل دفعا للضرر عن الموقوف عليهم ثم لا ينقض اي لا يفسخ الاجارة
ان زاد الاجرة لكثرة الرغبة لان المعتبر اجر المثل يوم العقد قال صاحب الدرر
ولو زاد اجره على اجر مثله قيل يعقد باجر مثله ثانيا للآتي من الزمان واما الماضي
فله حصته من الاجر الاول وقيل لا يعقد به ثانيا كزيادة واحد تعنتا وفي الذخيرة
اذا استاجر ارض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة هي اجر المثل حتى جازت الاجارة
فرخصت اجرتها لا تنفسخ الاجارة واذا زاد اجر مثلها فعلى رواية سمرقند بيت
لا ينفسخ العقد وعلى رواية شرح الطحاوي ينفسخ ويجدد العقد والى وقت
الفسخ يلزم المسمى وزيادة الاجر تعتبر اذا زادت عند الكل حتى لو زاد واحد
تعنتا لا تعتبر ولو ان زادت الاجرة فرضي المستاجر الاول بالزيادة كان هو اولى
من غيره انتهى ما في الدرر وليس للموقوف عليه كالامام والاولاد ونحوهم ان يوجر
الوقف لعدم تصرفه في عينه الا بانابة من المتولي او ولاية من الواقف بان يجعله
الواقف متوليا فح يكون حق التصرف فيه له فيوجره ولا يعار الوقف ولا يرهن رعاية
لحق الموقوف عليه لان فيهما ابطال حقه وان سكن فيه المرتهن يجب عليه اجر مثله وان
غصب عقار اي عقار الوقف وتعطل عن المنفعة يختار وجوب الضمان يعني المختار
في غصب العقار والدار الموقوفين الضمان اي ضمان اجر المثل نظرا للوقف والفتوى على
يعني تقع عليه بالقيمة ويشترى بها ضيعة اخرى فيكون وقفا بدلها كذا في الاستروشنية
وانا سكن رجل دار الوقف او اسكنه المتولي بلا اجر قيل لا شيء على الساكن وعامة [illegible]
على ان عليه اجر المثل وعليه الفتوى وكذا في منافع مال اليتيم كذا في العمادية
ولو شرط الواقف الولاية لنفسه وكان خائنا ينزع منه وان شرط ان لا ينزع
بينا شرحه فيما سبق بالقريب فلا نعيده قال صاحب الخلاصة قيم اشترى من غلة المسجد
حانوتا للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لانه من غلة الوقف وليس بوقف لان صحة الوقف يعتمد
الشرائط ولم توجد فيه رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها [illegible]
ببيت فيها جاز ذلك له ان كان يأوي في بيت من بيوتها ولم يكن له آخر السكنى لانه [illegible]
فيها ولو وقف على ساكني مدرسة كذا او على من [illegible] طلبة العلم فهذا والاول سواء لان الساكن
في ذلك انما هو من طلبة العلم دون غيرهم ومن كان يكتب العلم لنفسه ولا يمنع [illegible] الوظيفة
لانه يعد متعلما وان كتب لغيره باجرة لاجل الحاجة وان خرج من المدرسة ثلاثة ايام [illegible] لا يمنع
لانه لم يبق ساكنا وان خرج مادون ذلك الى بعض القرى لا مقام خمسة عشر يوما فلا [illegible]
وان اقام اقل من ذلك فان كان لابد منه كطلب القوت ونحوه فله الوظيفة وان خرج للتنزه لا يحل له
واذا وقف الرجل ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف جائز والولاية للواقف كذا ذكر
هلال والخصاف وقال بعضهم ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط
فلا ولاية له كذا في الكافي الحمد لله على التمام وصلى الله على [illegible] افضل الصلاة والسلام

الظاهر ان [illegible] بالدار العامرة [illegible] عزمي زاده

كتاب البيوع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها وذكر
البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك ففي الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم
الحاكم من غير ان يدخل في ملك الموقوف عليه وفي البيع يزول الملك عن البائع ويدخل
في ملك المشتري فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من حيث ان الوقف فيه زوال بلا دخول
والبيع فيه زوال ودخول والمفرد سابق على المركب فلهذا اخر ذكر البيع عنه ثم اعلم ان مشروعية
البيع ثبتت بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى احل الله البيع وحرم
الربوا وقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض واما السنة
فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يا معشر التجار ان البيع يحضره اللغو
والحلف فشوبوه بالصدقة وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس
يتبايعون فقررهم على ذلك وقد باع صلى الله عليه وسلم واشترى مباشرة وتوكيلا واما الاجماع
فانه ينعقد على جواز البيع اذا وجد ركنه وهو الايجاب والقبول عن اهل مضافا الى المحل
واما المعقول فهو ان الحاجة ماسة الى شرعيته لان الناس محتاجون الى الاعواض والسلع
والطعام والشراب الذي في ايدي بعضهم ولا طريق لهم الا البيع والشرى فاما ما جبلت
عليه الطباع من الشح والظنة وحب المال يمنعهم من اخراجه بغير عوض فاحتاجوا الى
المعاوضة فوجب ان يشرع دفعا لهذه الحاجة وهي جمع بيع وهو في اللغة تمليك المال بالمال
وزيد عليه في الشرع فقيل البيع مبادلة مال بمال بالتراضي ولا بد من هذا القيد
والمعنى تركه لظهوره ويمكن ان يقال تركه ليتناول بيع المكره فانه ينعقد وان لم يلزم كذا في الكافي
وللفاضل الواني ههنا كلام ان شئت فراجعه ثم ان البيع من الاضداد لغة واصطلاحا
يقال باع الشيء اذا شراه واشتراه قال صلى الله عليه وسلم لا يخطب الرجل على خطبة اخيه
ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء اخيه لان المنهي عنه الشراء على شراء اخيه لا البيع
لكن يقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قصدا ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه
وبحرف الجر يقال باعه الشيء وباعه منه والشراء كذلك من الاضداد قال الله تعالى وشروه
بثمن بخس اي باعوه ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملك قصدا وانما جمعها مع ان البيع
مصدر ليتناول انواعه كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعا
وثمنا قال صاحب المغرب والمقايضة بالقاف والضاد المعجمة وبعد القاف الف وبعدها
ياء من قايضه بكذا اذا عاوضه ومنه بيع المقايضة وهو بيع عرض بعرض انتهى
وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع المساومة
وهو بيع العين بالثمن يتفقان عليه بدون اعتبار المرابحة واختيها وبيع المرابحة وهو
البيع بالثمن الاول وزيادة وبيع التولية وهو البيع بالثمن الاول بلا زيادة وبيع
الوضيعة وهو البيع بالنقصان من الثمن الاول والكل مشروع فجمع ليتناولها وينعقد
البيع الانعقاد تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل بايجاب
وهو الاثبات سمي به اول كلام احد العاقدين سواء كان بعت او اشتريت لانه يثبت للآخر خيار
القبول وقبول وهو ثاني كلام احدهما سواء كان بعت او اشتريت بلفظي الماضي
كبعت واشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع
فالبيع يعرف بالشرع والشرع قد استعمل لفظ الماضي الموضوع للاخبار لغة في الانشاء
فينعقد به وانما خص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا
فاذا قصد به الانشاء يكون ادل على قضاء الحاجة قال صاحب العناية في شرح قول صاحب
الهداية ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم

استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه
ولان لفظ المستقبل انه كان من جانب البايع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري
كان مساومة فاقتصر على الماضي قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون
نية الايجاب في الحال واما اذا كان كذلك فينعقد البيع ثم قيل في تعليله لان صيغة
الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه
للاستقبال ضرب تجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين
او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفا
في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد ما يحتمل
الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية
لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع حقيقة
في الحال عند الفقهاء على ما عرف فلا يحتاج الى النية وانما لا ينعقد به لما مر من الاثر
والمعقول انتهى وما دل على معناهما كقوله اعطيتك بكذا او ملكتك بكذا او قال الاخر
اخذت او رضيت او امضيت او قبلت لانه لا يدل على معنى بعت واشتريت والعبرة
للمعاني في هذه العقود بخلاف بعض العقود فانه يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بما يدل
على اللفظ كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه كذا في العناية وينعقد ايضا
بالتعاطي اي باعطاء البايع المبيع والمشتري الثمن بلا لفظ في النفيس والخسيس
هو الصحيح لانه يدل على الرضا المفصح من الايجاب والقبول وذكر الكرخي انه ينعقد
بالتعاطي في الاشياء الخسيسة مما جرت به العادة ولا ينعقد به فيما لم يجر فيه العادة
ثم اعلم ان الشرط في بيع التعاطي الاعطاء من الجانبين عند شمس الايمة الحلواني
وقيل الاعطاء من احد الجانبين يكفي كمن وضع درهما واخذ قطعة حلواء مقدرة
ولو قال خذه بكذا فقال اخذت او رضيت صح لان قوله خذه امر بالاخذ وليس له
ولاية الاخذ بكذا الا بالبيع الثابت اقتضاء فكانه قال بعتك هذا بكذا فخذه فيثبت
العقد باعتباره لا بلفظين احدهما الامر واذا اوجب احدهما اي احد المتعاقدين
فللاخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن في المجلس او يترك كل المبيع يعني اذا قال البايع
بعتك هذا بكذا فالاخر بالخيار ان شاء قال في هذا المجلس قبلت وان شاء رد
وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في القبول لكان مجبورا على اخذه
وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا لا يكون بيعا هذا خلف ويمتد هذا الخيار
الى آخر المجلس لان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشتري وفي ابقائه
فيما وراء المجلس عسرا بالبايع وفي التوقف بالمجلس يسرا بهما جميعا على ان المشتري
يحتاج الى التامل والتفكر هل يوافقه ام لا والمجلس جامع للمتفرقات فجعل ساعات
المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر قال الله تعالى يريد بكم اليسر
ولا يريد بكم العسر وقال صلى الله عليه وسلم يسروا ولا تعسروا لا بعضا دون بعض
يعني ان البايع اذا اوجب في شي فقبل المشتري بعض ذلك دون بعض لم يجز لان فيه تفريق
الصفقة واحد المتعاقدين لا يملك ذلك لان فيه ضررا للبايع لان المبيع ان كان واحدا
لزم ضرر الشركة للبايع وان كان متعددا فالعادة ضم الجيد الى الردي ونقص من الجيد
لترويج الردي فلو ثبت خيار قبول العقد في البعض قبل المشتري العقد في الجيد
وترك الردي فزال الجيد عن يد البايع باقل من قيمته وفيه ضرر له وكذا اذا اوجب
المشتري في شي فقبل البايع في البعض دون البعض ليس له ذلك للزوم ضرر الشركة للمشتري
ان كان المبيع واحدا ولزوم وصول الردي الى المشتري باكثر من قيمته ان كان متعددا
واذا لم يجز اخذ البعض فلان لا يجوز اخذ الكل بالبعض اولى هذا ان اتحد الصفقة
وان تعددت فله ذلك لانتفاء الضرر الا اذا بين ثمن كل بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا

فج

فيجوز ان يقبل احدهما دون الاخر لانتفاء المحذور المذكور قال صاحب الكافي
وقال صاحب الهداية الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقتان معنى لا يتم الا ان يدل على تكرار
لفظ العقد لان به يتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد فانه اذا تعدد الثمن واتحد
العاقد والعقد بان خاطب الواحد واحدا وقال بعت منك هذه الاثواب العشرة كل
ثوب بعشرة كانت الصفقة متحدة نص عليه في المحيط لترجح ما يوجب الاتحاد والاصل
اذا تعارضت جهات اتحاد الصفقة وجهات تعددها يعمل بالغالب انتهى وقال صاحب
الدرر قال الزيلعي وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن بان قال
بعتك هذين كل واحد الا اذا كرر البايع لفظ بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة
وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك
هذه الاثواب العشرة كل واحد منها بكذا انتهى يقول الفقير يحتمل ان يكون ما ذكره صاحب
الهداية قولهما فان عندهما لا يجب اعادة بعت تدبر وان رجع الموجب سواء كان بايعا
او مشتريا او قام احدهما عن المجلس قبل القبول ظرف لرجع وقام على سبيل التنازع
بطل الايجاب اما الاول فلان المانع من الرجوع لزوم ابطال حق الغير وهو منتف هاهنا
لان الايجاب لا يفيد الحكم بدون القبول واعترض بان الحق غير منحصر في الملك
بل حق التملك ايضا حق وفيه ابطاله واجيب بان الايجاب اذا لم يفد ملكا للمشتري لم يكن
مزيلا لملك البايع وحق التملك للمشتري لا يعارض حقيقة الملك للبايع لكونها اقوى منه
واما الثاني فلان القيام عن المجلس دليل الاعراض والدلالة تعمل عمل الصريح واعترض
بانها تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضها وهاهنا لو قال بعد القيام قبلت وهو
الصريح فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها
واذا وجد الايجاب والقبول لزم البيع بلا خيار مجلس خلافا للشافعي فانه
اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد بالايجاب والقبول
ان يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله
صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر
وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر فلا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول
على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفائدته دفع توهم ان الموجب بعد ما اوجب
لا يكون له ان يرجع لا خيار الفسخ بعد الايجاب والقبول وفي الحديث اشارة الى
الاحوال الثلاث حال لم يوجد فيها الايجاب والقبول وحال وجدا فيها وانقضيا
وحال وجد فيها احدهما والاخر موقوف واطلاق اسم المتبايعين عليهما في الاولى
مجاز باعتبار ما يؤول اليه وفي الثانية مجاز باعتبار ما كان وفي الثالثة حقيقة لما
تقرر في موضعه ان اسم الفاعل حقيقة في الحال يعني اجزاء من اواخر الماضي واوائل
المستقبل وهي حال المباشرة بان يوجب احدهما في المجلس والاخر متوقف فيه موقوف
لا ما قبلها ولا ما بعدها او يحتملها فيحمل عليها لئلا يلزم ابطال حق الاخر والتفرق
المذكور في الحديث محمول على تفرق الاحوال بان يقول احدهما بعت ويقول الاخر
لا اشتري او بالعكس حيث لا يبقى الخيار بعده فان قيل قبل التفرق يكون بعد الاجتماع
وهو لا يتصور هاهنا قلنا المراد بالتفرق عدم الاجتماع ابتداء وهذا مبني على قاعدة
مقررة في المفتاح والكشاف انهم يقولون ضيق فم الركية او وسع كم الثوب والمراد
في الاول جعل فم الركية ضيقا ابتداء وفي الثاني جعل كم الثوب واسعا ابتداء
فلا تغفل كل ذلك من الدرر لله دره فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنه ان التفرق تفرق
الابدان قلنا تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون ردا لاحتمال آخر كيف
وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما كذا في
الكافي ويصح البيع بالعوض المشار اليه سواء كان ثمنا او مثمنا بلا معرفة قدره ووصفه

وانما كفت الاشارة بلا معرفة قدره ووصفه لكونها ابلغ طرق التعريف فلا يحتاج
الى بيان القدر والوصف بخلاف ما لم يكن مشارا اليه كما في السلم فان معرفة قدر المسلم فيه
ووصفه واجبة فيه لكونه غير مشار اليه كما سياتي ان شاء الله تعالى لكن هذا اذا لم يكن
الاعواض ربوية واما اذا كانت ربوية كبيع درهم او دينارا وحنطة او نحوها
بجنسها فان الاشارة فيه لا تكفي بل لا بد من تساويهما قدرا لاحتمال الربوا كما
سياتي ان شاء الله تعالى وانما لم يقيده في المتن لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا
الباب ليس لبيانه لا في غيره يعني لا يصح البيع في غير المشار اليه بلا معرفة قدره
كعشرة ونحوه وصفته ككونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد
وكل ما هو واجب بالعقد يمنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه
الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع
و يصح البيع بثمن حال ومؤجل لاطلاق قوله تعالى احل الله البيع وحرم الربوا
ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعه باجل معلوم
لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البايع في مدة قريبة
والمشتري يؤخر الى بعيدها ثم انه يلزم ههنا ان يعرف الفرق بين المبيع والثمن قال الكرخي
المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن
ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه يثبت في الذمة وليس بثمن
وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه
انما يحله العقد باعتبار قيام مقام المنفعة والثمن ما يقابله اي ما يقابل ما يحله العقد
بان يذكر حين العقد في مقابلته وينقسم كل منهما الى المحض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان
التي ليست من ذوات الامثال كالثياب الموصوفة التي وقعت في الذمة الى اجل بدلا عن
عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل لكونها ثمنا بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا
في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير والمتردد بينهما كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة فانها ان كانت في مقابلتها اثمان فهي مبيعة وان
كانت في مقابلتها امثالها اعني المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها
فكل ما كان موصوفا في الذمة يكون ثمنا وكل ما كان معينا يكون مبيعا وان كان كل واحد
موصوفا في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمنا والاخر مبيعا لان هنا مما يتعين
بالتعيين ويثبت دينا في الذمة فيتعين احد الوجهين بالدليل كذا في العناية وبعضه من النهاية
ولو اشترى باجل سنة غير معينة فمنع البايع المبيع حتى مضت السنة ثم سلم البيع فله
اجل سنة اخرى عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الاجل من وقت العقد ثم ولا اجل غيرها
فصار كما لو قال الى رمضان وله ان التاجيل يسير فيه للمشتري بتاخير المطالبة ولا
مطالبة قبل قبض المبيع فيصير الاجل سنة بخلاف التاجيل الى رمضان لانه معين وقت مجاه
وان اطلق الثمن اي لم يذكر صفته بل قال مثلا بعشرة دراهم فحسب فان استوت
مالية النقود بان لا يكون بعضها افضل من بعض وروجها صح البيع ولزم ما قدر
من عشرة منها من اي نوع كان مثلا اذا باع عبدا بالف درهم فله ان يعطي القاضي الاحادي
او الغني من الثنائي او ثلاثة الا فهم الثلاثي وان اختلف رواجها في الاروج
تحريا للصحة واعتبارا للمتعارف وان استوى رواجها لا ماليتها بان يكون بعضها
افضل من بعض فسد للجهالة المفضية الى النزاع ما لم يبين انه من اي نوع قال صاحب
العناية واعلم اني اذكر في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة
اجمالا ثم افصلها فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف
في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون
شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع

وانصرف الى الاروج تحريا للجواز وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة
المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز
وان كان الرابع فكذلك لان هذه الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم واذا عرفت هذا فقول صاحب الهداية فان كانت النقود مختلفة يعني
في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري افضل في المالية من المغربي اذا فرض
استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني
الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدهما فحينئذ يجوز وقوله او يكون احدهما اغلب واروج
فحينئذ ينصرف البيع اليه تحريا في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثالث لان
كون احدهما اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالية او مع استواء والبيع جائز
فيهما وقوله فان كانت سواء فيها اي في المالية مع الاستواء في الرواج اشارة
الى القسم الرابع انتهى يقول الفقير والمصنف ذكر القسم الرابع اولا بقوله وان
استوت مالية النقود ورواجها صح وذكر الاول والثالث ثانيا بقوله وان
اختلف رواجها اي مع الاختلاف في المالية او بدونها فمن الاروج وذكر الثاني
ثالثا بقوله وان استوى رواجها لا ماليتها فسد ما لم يبين تدبر ويصح البيع
في الطعام والمراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وكل مكيل
وموزون غيره كيلا ووزنا وكذا يصح جزافا معرب كزاف وهو البيع بالحدس
والظن بلا كيل ولا وزن ان بيع بغير الجنس لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف ما شئتم بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح لاحتمال الربوا
وباناء او حجر معين كل منهما لا يدري قدره لان المانع من الصحة جهالة تفضي
الى النزاع وهنا ليست كذلك لان التسليم في المبيع متعجل فيندر هلاك الاناء
والحجر قبله بخلاف السلم فان التسليم فيه متاخر فالهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق
المنازعة وعن ابي يوسف الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة
ونحوها واما اذا كان كالزنبيل ونحوه فلا يجوز وكذا اذا كان الحجر يتفتت او
باع بوزن شيء اذا جف يخف وعن ابي حنيفة في رواية الحسن ان البيع باناء او حجر
لا يعرف قدره لا يجوز مطلقا كالسلم لان المبيع في المكيلات والموزونات اما ان
يكون مجازفة او بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر
بالعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الغرض عدم
المجازفة والمكيال ان لم يكن معلوما ما لم يسم شيء من القدر والاول اصح من حيث
الدليل فان العيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة واظهر من حيث الرواية كذا في العناية
ومن باع صبرة وهي بالضم ما جمع من الطعام كل صاع بدرهم بدل من صبرة بدرهم صح
في صاع واحد فقط عند ابي حنيفة لان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع و
الثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البايع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم
فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان يسمى
جملتها اي جملة صيعانها بان باع صبرة على انها مائة صاع بمائة درهم فيجوز
في جملتها لارتفاع الجهالة وللمشتري الفسخ بالخيار وان كيل بمجهول الكمال
او سمي بمجهول سمى جملتها اي جملة الصيعان في المجلس بعد ذلك اي بعد البيع
ظرف لكيل وسمى على طريق التنازع اما في كيلها او تسميتها في المجلس فلان الثمن
كان مجهول المقدار في ابتداء بيع الصبرة وكان يحتمل ان يكون الثمن في ظنه اقل من الذي
ظهر فلما انكشف الحال بكيلها او تسميتها ثبت له الخيار واما في عدم كيلها وعدم
تسميتها فلان الصفقة تفرقت على المشتري لانه اشترى صبرة وانعقد البيع في قفيز
ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح البيع في شيء منها اي من القطيع عند ابي حنيفة

لانه ينصرف عند الى الواحد لما بينا غيرانه بيع شاة من قطيع لا يجوز للتفاوت فيفضي
الى المنازعة وكذا لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم عند ابي حنيفة لهذه العلة ايضا وكذا
كل معدود متفاوت وهو ما يتفاوت احاده كالبطيخ والرمان على ما مر بخلاف
المتقارب فان بيع جوزة من هذه الجوزات يصح بثمن معلوم لعدم التفاوت فلا
يؤدي الجهالة الى النزاع كذا في الكافي وعندهما يصح في الكل اي في كل المبيع
في جميع ذلك المذكور من الصبرة والقطيع والثوب والمعدود المتفاوت لان
هذه الجهالة ازالتها في ايديهما وكل ما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها بايديهما
فلانهما تقع بكيل الصبرة وعد القطيع وذرع الثوب واما ان كل ما هو كذلك
فهو غير مانع فلان قيام طريق المعرفة كقيامه حقيقة المعرفة في حق جواز البيع فصار كما اذا
باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم
فوجدت اقل من المائة او اكثر من المائة اخذ المشتري الاقل بحصته من المائة لان
القفزان هي المعقود عليها ونقصان بعضها لا يضر فينقسم عليها الثمن او فسخ البيع
لتفرق الصفقة لانه ما رضي بالشراء لان يسلم له جملتها له فاذا لم يسلم يتخير
والزائد للبائع لان القدر الزائد على المائة غير معقود عليه فلا يتناوله العقد
الا اذا كان وصفا والقدر الزائد ليس بوصف فالعقد لا يتناوله فكان للبائع
فلا يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وفي المذروع يعني لو باع ثوبا على انه مائة ذرع
فوجد اقل من المائة او اكثر يأخذ المشتري الاقل بكل الثمن او يفسخ لان الذرع
في المذروع وصف ولهذا يزداد قيمة الثوب بزيادة الذرع وينقص بنقصانه
والثمن لا يقابل الوصف فيتخير لفوات الوصف قال صاحب العناية اما انه وصف
فلانه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض قال مولانا الفاضل سعدي افندي لا انه
فيما نحن فيه عبارة عن الطول انتهى ثم قال صاحب العناية واما ان الوصف لا يقابله شيء
من الثمن فقد بينه صاحب الهداية بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت
في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء ثم اعلم ان هذه المسئلة من اشكل
مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله
الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل وعريض
يقال شيء قليل وكثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة فكيف جعل الذرع الزائد وصفا
دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح العلماء في الاصل والوصف واختلف
عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما يتعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه
وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما الوجود
تأثيره تقويم غيره ولعدم تأثيره نقصان فيه فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل
وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب
المعنى الثاني والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والتشقيص والمذروع يتعيب وعشرة
اقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة يشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد
فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذرع
الواحد من الثوب والدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى
مع فان الثوب العتابي اذا كان خمسة عشر ذرعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في
قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا عرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل
والوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف
بين التجار انتهى ما في العناية ثم فيه سؤال وجوابان شئت فراجع ثم كتابا حاوي طالب
والاسلاف والزائد له اي للمشتري بلا خيار للبائع لان الوصف لا يقابله الثمن ولا
للبائع كما اذا باع معيبا فوجده المشتري سليما وان سمى لكل ذراع قسطا

يعني لو قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجد اقل اخذ
المشتري الاقل بحصته وكذا الزائد وله اي للمشتري الخيار في الوجهين يعني ان
وجد اقل فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان
كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل لكل ذراع منه منزلة ثوب وهذا معنى
قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وان وجد اكثر
فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع اما خيار
الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان
في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة فلما بينا انه صار اصلا مشروطا
ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين
اما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجده اكثر
او اقل كما لو كان العقد واردا على اثواب عشرة وقد وجد تسعة او احد عشر
واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد
كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل
الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة والجواب عن الاول
ان الاثواب مختلفة فيكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذراع
من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بايعا
بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا للجواز والقفيز الزائد ليس كذلك
وصح بيع عشرة اسهم من مائة سهم من دار اتفاقا لان السهم اسم للشايع الغير المعين
وكان صاحب عشرة اسهم كان شريكا لصاحب تسعين سهما فيأخذ من اي موضع
كان من الدار فلا يؤدي الى المنازعة لا بيع عشرة اذرع من مائة ذراع منها اي من الدار
عند ابي حنيفة لان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة
فيصار مجازا الى ما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا
مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا والشائع ليس كذلك فما يحله لا يكون شائعا
فلا يستعمل فيه الذراع نعم يجوز المجاز وذلك ان العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ
لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة
بخلاف السهم فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون شائعا فالجهالة لا تفضي
الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار
على قدر نصيبه منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر
نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال
عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة
الجواز خلافا لما يقوله الخصاف فان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعات
واما اذا عرف مساحتها فانه يجوز وجعل هذه المسئلة نظيرها لو باع كل شاة من القطيع
بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده وعندهما يصح البيع فيهما
اي في الاسهم والاذرع لان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم في
كونها عشرا فكما يصح في الاسهم يصح في الاذرع ولو باع عدلا عدل الشيء بكسر العين
مثله من جنسه في مقدار ومنه عدل الحمل كذا في العناية على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم
فاذا هو اي العدل اقل من عشرة او اكثر من عشرة فسد البيع اما اذا كان اكثر فلجهالة
المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع
مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما اذا كان اقل فلوجوب سقوط حصة الناقص
عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا ومع لا يدري
قيمته بتعين حتى يسقط فكانت جهالته توجب جهالة الباقي من الثمن فلا شك في فساده

ولو فصل الثمن يعني لو باع عدلا على انه عشرة اثواب كل ثوب بكذا فكذا يفسد البيع
في الاكثر اي فيما اذا كان احد عشر مثلا لجهالة العشرة المبيعة ويصح في الاقل بحصته
يعني اذا كان تسعة مثلا يصح البيع بحصته لكون ثمن كل معلوما ويخير المشتري
ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ومن مشايخنا
من قال ان البيع فاسد عند ابي ح في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم
في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا بقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع
بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في القن خلافا لهما
فكذا هنا كما في العناية وان باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه المشتري
بعشرة لو وجده عشرة اذرع ونصفا بلا خيار وبتسعة لو تسعة ونصفا بالخيار
عند ابي ح لانه قد ثبت ان الذرع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما اخذ
حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط
معدوما وزال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف وصار الزيادة
على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجانا واما عدم الخيار في الزيادة
فلانه لا يضره الفضل والخيار في النقصان لعدم رضاه بالنقصان وعند ابي يوسف
يخير في اخذه باحد عشر في الاول اي فيما اذا وجده عشرة ونصفا ويخير في اخذه
بعشرة في الثاني اي فيما اذا وجده تسعة ونصفا لان بافراد البدل لصار كل ذراع
كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا ولم يبين لكل ذراع ثمن بل بيع على انه
عشرة اذرع بعشرة دراهم مثلا فنقص ذراع او زاد لا يسقط شيء من الثمن ولا يزيد
شيء بل الزائد للمشتري لكن ثبت له الخيار وعند محمد يخير في اخذه في الاول
اي فيما اذا وجده عشرة ونصفا بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف لانه قابل
كل ذراع بدرهم ومن ضرورته ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف درهم فيتجزى عليه ويخير

فصل

مسائل هذا الفصل تبتني على اصول احدها ان كل ما هو متناول باسم المبيع عرفا دخل
في البيع وان لم يذكر صريحا والثاني ان كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له
في الدخول وما لا فلا قالوا ان ما وضع لان يفصله البشر بالاخرة ليس باتصال
قرار وما وضع لا لان يفصله فهو اتصال قرار والثالث ان ما لا يكون من القسمين الكائن
من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بذكره والا فلا كذا في الدرر ويدخل البناء
والمفاتيح في بيع الدار بلا ذكر اما البناء فثابت فيها ثبوت قرار فيتبعها واما
المفاتيح فلانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق
من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل
في ذلك الشيء وههنا سؤال وجواب في العناية ان شئت فراجعه ثم ان المراد بالغلق
الغلق المتصل بالدار لانه لو كان منفصلا عنه كما هو العادة في ديارنا لا يدخل الغلق
ولا المفتاح وكذا السلم والسرير ان كان متصلا يدخل وان كان من خشب ولم
يتصل لا يدخل وذكر في التبيين هذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم
وان كان منفصلا لان بيوتهم طبقات لا ينتفع بها بدونه وكذا يدخل الشجر في بيع الارض
بلا ذكر لانه متصل اتصال قرار وليس لقراره حد معلوم وقيل لا يدخل شجر مقلوع صغير
لانه ينقل ولا شجر غير مثمر لانه يقلع للحطب ولو اطلق شراء شجرة اي لم يبين بان شراها
للقطع او للقرار دخل مكانها بمقدار غلظها في البيع عند محمد وهو المختار
لان الشجر اسم للمستقر ولا قرار بدون الارض فيدخل مكانها كما لو اقر بالشجرة لفلان يدخل
ارضها وكما لو اقتسما خلافا لابي يوسف لان الارض اصل والشجرة تبع لها
ولو دخلت الارض تبعا بيعها استلزم كون الاصل تبعا وذا لا يجوز وفيه باطلاق الشراء

لانه

لانه لو اشتراها للقطع لا يدخل الارض اتفاقا وان اشتراها للقرار دخل ما تحت
الشجرة من الارض بقدر غلظها دون ما ينتهي اليه العروق بالاتفاق ولو باع غلاما يدخل
ثوب للبذلة عرفا ثم البائع بالخيار ان شاء اعطى ثوبه الذي عليه وان شاء اعطى غيره
لان الداخل بحكم العرف كسوة مثله لا عينه واكاف الحمار يدخل للعرف وفصيل الناقة
ان ذهبت معها امه يدخل والا فلا كذا في ابن ملك ولا يدخل الزرع في بيع الارض
ولا الثمر في بيع الشجر اما الزرع فانه متصل بها للفصل فاشبه متاعا فيها واما الثمر
فلان الاتصال وان كان خلقيا لكن للقطع لا للبقاء فصار كالزرع الا باشتراط
اي باشتراط دخول الزرع في بيع الارض ودخول الثمر في بيع الشجر لقوله صلى الله
عليه وسلم من اشترى نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترطه المبتاع
وان ذكر الحقوق والمرافق لان الزرع والثمر ليسا من حقوق المبيع ومرافقه
اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجر المثمرة اربعة الاول ان يقول
بعت الارض او الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك بقوله ولا يدخل الزرع
في بيع الارض ولا الثمر في بيع الشجرة والثاني ان يقول بعت بحقوقها ومرافقها
والثالث ان يقول بعت بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او مرافقها
والرابع ان يقول بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او مرافقها ففي
الثاني والثالث لا يدخلان كما في الاول وفي الرابع يدخلان كذا في العناية
ويقال للبائع على تقدير عدم الدخول اقلعه اي الزرع واقطعها اي الثمر وتانيث
الضمير لما ان الاسم الذي يفرق بينه وبين واحده التاء يذكر ويؤنث وسلم المبيع
وعند الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب التسليم
المعتاد وما جرت العادة بحصاد الزرع قبل استحصادها وبقطاف الثمر قبل
بدو صلاحها وصار كما لو مضت مدة الاجارة وفي الارض زرع ولنا ان التسليم
واجب ولا يمكن من التسليم الا بالتفريغ ولا تفريغ الا بالحصاد والقطاف فيلزمانه
وصار كما لو كان في الارض متاع البائع وكذا لا يدخل حب بذر ماض مجهول
صفة حب ولم ينبت بعد لانه مودع فيها كالمتاع وان نبت ولم يصر له قيمة بعد
دخل في البيع قاله ابو بكر الاسكاف وقيل لا يدخل قاله ابو القاسم الصفار وهذا
الاختلاف بناء على جواز بيعه قبل ان ينال المناجل والمساقي فعند من يجوز بيعه لا يدخل وعند
من لا يجوز يدخل ومن باع ثمرة بدا صلاحها او لم يبد صح اعلم ان بيع الثمار قبل الظهور
لا يصح اتفاقا وان باعها بعد ان بدا صلاحها وصار منتفعا بها لتناول بني آدم او علف
الدواب يصح لانه باع مالا منتفعا به وان باعها قبل ان يبدو صلاحها يعني قبل ان تصير
منتفعا بها بان لم تصلح لتناول بني آدم ولا لعلف الدواب فالصحيح انه يصح لانها وان لم تكن
منتفعا بها في الحال فهي بعرض ان تصير منتفعا بها في المآل بواسطة الترك في النخل وهو كاف
لصحة البيع كما في بيع الجحش او المهر وقيل لا يصح لانها تستحق القطع اذ لا يصح البيع بشرط
الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتفعا بها حالا ومآلا فلم وقال الشافعي
لا يصح بيع الثمار بعد ما صارت منتفعا بها قبل الادراك لنهيه صلى الله عليه وسلم عن
بيع الثمرة قبل ان تزهي فسره بالاحمرار والاصفرار ولنا العمومات بلا تقييد و
النهي لمعنى في غيره وهو انه اذا اشتراه بشرط ان يتركه عليه اي ان يدركه وربما لا يفعل فيندم
ويؤدي الى النزاع الا يرى انه لو اشتراه بشرط القطع صح اجماعا والنهي لمعنى في غيره لا يوجب
الفساد اجماعا كذا في الكافي ويقطعها المشتري في الحال ليفرغ ملك البائع هذا اذا باع
مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على الشجر حتى تدرك فسد البيع لانه شرط
ما لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه اولا ولان في هذا البيع صفقة
في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره

والثاني اعارة والاول اجارة وذلك سهو منه ولو كان بعد تناهي عظمها عند ابي ح
وابي يوسف وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد مطلقا ولا لاحد العاقدين
فيه منفعة ومثله يفسد العقد مطلقا خلافا لمحمد فانه قد استحسن في هذه الصورة
وقال لا يفسد البيع اذا تناهى عظمها للتعارف بين الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه
عظمها لان الثمار على رؤوس الاشجار تزيد وهذه الزيادة تحدث بعد البيع في ملك
المالك اعني الارض والشجر فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشتراهما فيفسد العقد
وكذا اشتراء الزرع في جميع ما ذكرنا فتأمل واستخرج وان تركها اي الثمار على الشجر
باذن البائع بلا اشتراط تركها طاب له اي للمشتري الزيادة فكان البائع اعار له
الشجر فلا يمكن خبث فيما حصل له من الزيادة وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد
في ذاتها بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما
لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة فلا يطيب له
الزيادة وان تركها بعد ما تناهت بغير اذنه الى ان تدرك لا يتصدق بشيء لان
هذا تغير حال من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت
بهذه المثابة لا يزداد فيها في ملك البائع بغير اذنه شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها
والكواكب تعطيها الطعم وان استاجر الشجر الى وقت الادراك اي ادراك الثمر
بطلت الاجارة يعني ان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استاجر الشجر الى
وقت ادراك الثمر بطلت الاجارة لعدم التعامل فان التعارف لم يجر فيما بين الناس
باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما
انما يتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها
وطابت الزيادة لانه بالاذن قال صاحب العناية فان قيل لا نسلم بقاء الاذن
فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة
في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي
لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا والمعدوم لا يتضمن حتى يبطل ببطلانه بل
كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع
واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه وعن هذا قـــال
وان استاجر الارض لترك الزرع فسدت الاجارة لجهالة وقت ادراك الزرع
فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد ولا تطيب الزيادة
لان الفاسد ما له تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك
الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا فسبيله التصدق
يقول الفقير وفي سؤال صاحب العناية وجوابه بحث لانه سأل ثم اجاب بان الباطل
لا تحقق له اصلا ووصفا والمعدوم لا يتضمن حتى يبطل ببطلانه لكن سكت عن تنظيره
في السؤال بالوكالة الثابتة في ضمن الرهن فانها تبطل ببطلان الرهن فانه بطل
المتضمن ببطلان المتضمن مع انه يصدق عليه ان الباطل لا تحقق له اصلا حتى يبطل
ببطلانه فتدبر في جوابه ولو اثمر ثمرا اخر قبل القبض يعني لو اشترى الثمر مطلقا عن القطع
والترك وتركها فاثمرت الشجرة مدة الترك ثمرة اخرى قبل القبض يعني قبل تخلية
البائع بين المشتري والثمر فسد البيع لانه لا يمكن التسليم لتعذر التمييز
ولو بعد قبض يشتركان ولم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث في ملك البائع واختلط
بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في قدر الحادث للمشتري لان المبيع
في يده فكان الظاهر شاهدا له ولو باع ثمرة واستثنى منها اي من الثمرة ارطالا معلومة صح
في ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لان الاصل ان ما جاز افراده بالعقد جاز استثناؤه
من العقد كما لو استثنى عضوا من الشاة ونحوه جزءا مشاعا وما لا يجوز افراده بالعقد

لا يصح

لا يصح استثناؤه كما لو استثنى عضوا من الشاة ونحوه وهذا لان الاستثناء اخراج بعض ما
تناوله الكلام في حق الحكم لكن انما يصح في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصودا
وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وبيع اطراف الحيوان لا يجوز فكذا استثناؤها
كذا في الكافي وقيل لا يصح وهو رواية الحسن والطحاوي للجهالة ما يبقى بعد الاستثناء
وهي تفضي الى النزاع اذ المشتري يطلب بالاجود والبائع يسلم الاردأ على انه يحتمل ان
الموجود ليس الا هذه الارطال المستثناة بخلاف ما لو استثنى شجرة لان الباقي
معلوم عيانا ويجوز بيع البر في سنبله ان بيع بغير جنسه وان بيع بجنسه لا يجوز
اذ لا يعلم قدر ما في السنابل فيكون شبهة الربو وكذا الباقلاء وهو بالقصر
والتشديد او بالمد والتخفيف الحب المعروف والواحدة باقلاة كذا في المغرب
في قشره والارز بفتح الهمزة وضم الراء المهملة وتشديد الزاء المعجمة حبة معروفة
يقال لها بالفارسية برنج والسمسم بكسر السينين معروف وكذا اللوز والفستق
بضم الفاء والتاء وسكون السين المهملة والجوز في قشرها الاول قيد للجميع من الارز
الى هنا وقال الشافعي لا يجوز بيع ذلك كله وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز
ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يجوز كما اذا باع تراب
الصاغة بجنسه ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى
عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية
خلاف حكم ما قبلها قال صاحب العناية وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى
ان يستدل بعقله نهي فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف في الاصول قال صاحب الدرر
اقول فيه بحث لان المشروعية التي يقتضيها النهي عن الافعال الشرعية هي مشروعية
الاصل مع عدم المشروعية في الوصف وهو عين الفساد فالدليل يفيد خلاف المدعى
لان المدعى صحة البيع والدليل يفيد فساده بل الصواب ان يقال ان الاستدلال
مبني على ما قال صاحب المجمع في البدائع ان الغاية عندنا من قبيل اشارة النص
لا المفهوم او على ما قال صاحب التلويح في بحث المعارضة والترجيح ان مفهوم الغاية
متفق عليه انتهى يقول الفقير يمكن ان يقال ان الاستدلال مبني على الزام الشافعي
بمذهبه في المفهوم وان لم يكن معتبرا عندنا فيكون جدلا فتدبر والبرهان ما
ذكره صاحب الهداية بقوله ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير
والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه
لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز
ايضا لشبهة الربو لانه لا يدري قدر ما في السنابل انتهى ويجوز ذكر الدليل
البرهاني والجدلي بعطف كل منهما على الآخر والكتب مشحونة به يعرف بتتبعها
وانما قال في قشرها الاول لانه لا يجوز بيعها في قشرها الثاني بالاتفاق
واجرة الكيل وعد المبيع ووزنه وذرعه على البائع اذا باع بشرط الكيل والعد
والوزن والذرع لان التسليم واجب عليه وهو لا يتم الا بهذه الافعال
وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واجرة نقد الثمن اي تمييز جيده من رديه
ووزنه على المشتري اما النقد فلان تسليم الثمن جيدا واجب عليه ولا يعرف الا
بالنقد فيلزمه اجرته واما الوزن فلانه هو المحتاج الى تسليم الثمن وذا انما يكون
بالوزن فيلزمه اجرته ايضا وفي رواية عن محمد ان اجرة نقد الثمن على البائع لانه
هو المحتاج الى تمييز جيده من رديه فيلزمه اجرته وفي بيع سلعة بثمن سلم هو
اي الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع
بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعيين حق كل واحد منهما
وفي المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرتهما

فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه ان لم يكن المبيع موجلا ولو كان مؤجلا لا يمكن تسليم الثمن اولا بل يجب تسليم المبيع فانه وان اسقط البائع حقه بالتأجيل فلا يسقط حق المشتري في قبض المبيع وفي بيع سلعة بسلعة هنا بيع المقايضة على ما مر او ثمن بثمن ويسمى هذا بيع الصرف سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا ضرورة في تقديم احدهما بالدفع

باب الخيار

البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم فاللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار وبه ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم وانما كان عمل خيار الشرط في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاءت السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا للعمل بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابي حنيفة وزفر والشافعي وجائز عند ابي يوسف ومحمد سواء كان احد العاقدين او لهما جميعا او شرط احدهما الخيار لغيره والكل مذكور في المتن صح خيار الشرط لكل من العاقدين ولهما معا ثلاثة ايام فما دونها لا اكثر من ثلاثة ايام عند ابي ح والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز الخيار للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتموه فيمن له الخيار من المشتري الى البائع فلتعد في مدته قلنا ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط وهو الغبن فيلحق به دلالة وكثير المدة ليس كقليلها لان معنى الغرر يكثر بزيادة المدة فيزداد الغرر وهو مفسد الا ان اجازه في الثلاثة يعني لا يجوز الخيار اكثر من ثلاثة ايام لكن لو ذكر اكثر منها واجاز في الثلاث جاز عند ابي ح خلافا لزفر وهو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي ح انه اسقط المفسد قبل تقرره فيصح العقد كما لو باع جذعا في سقف ثم نزعه وسلم وهذا عند اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد العقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فاذا حذف قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد وصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وهذا عند اهل خراسان فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد لو اسقط خيارا لا بد بعد الثلاث صح عندهما لانه يجوز الى هذه المدة عندهما وعنده لا يصح الخيار الى هذه المدة لا يجوز عنده كذا في الكافي وعندهما يجوز اكثر من الثلاث ان بين مدة معلومة اي مدة كانت طويلة او قصيرة فيفهم منه ان شرط الخيار مدة مجهولة كما اذا قال بعت على اني بالخيار اياما او على الابد لا يجوز عندهما ايضا

ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين وان الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فيجوز وصار كتأجيل الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية ابن عمر سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد شهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الخلابة كان مصابا في الراس فكان احوج في الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل ان المدة لنفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرر ازيد وقد تقدم والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة وان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح عند علمائنا الثلاثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لانه بيع شرط فيه اقالة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد ولو شرط فيه اقالة صحيحة مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان يقيل البيع يفسد العقد فاذا شرط فيه اقالة فاسدة كان اولى ان يفسد ولنا انه في معنى شرط الخيار في المقصود في الحاجة اما في المقصود فلانه يكون ثمة مخيرا في الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء وشرط الخيار جوز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير انه جعل ترك النقد امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء كانه قال ان شئت اجيز العقد فانقد الثمن في ثلاثة ايام وان شئت افسخ فلا انقد واما في الحاجة فلانه كما يحتاج ثمة الى التروي في المبيع هل يوافقه ام لا يحتاج هنا الى التأمل في الثمن هل يصير منقودا ام لا وهنا سؤال وجوابه في العناية والكافي ان شئت فراجعهما وان اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام لا يصح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الا ان ينقد في الثلاثة فيجوز لزوال المفسد وعند محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر فابو ح مر على اصله في الملحق وهو نفي الزيادة على الثلاث كما نفى في الملحق به وكذلك محمد على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به يعني كما جوز الزيادة في الملحق به جوز الزيادة في الملحق وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في تجويز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال صاحب الهداية وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس قال صاحب العناية وتفسيره على وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله وفي هذا قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه ترك القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر وعمل بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل اي في ثلاثة ايام باثر ابن عمر وهو ما روي ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر انتهى يقول الفقير مقتضى السياق المعنى الاول تدبر وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم المراضاة مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع ولا يملك المشتري التصرف فيه فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار لزم على المشتري قيمته اي قيمة المبيع لان المبيع كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع بل يخرج من ملكه لان البيع في جانب البائع لازم

حتى لا يحكم بين الفسخ واذا كان كذلك فالبدل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه والبدل الذي من جانب الآخر يخرج من ملكه والمفروض ان من له الخيار المشتري دون البائع فان هلك المبيع في يده اي المشتري لزم الثمن وكذا ان تعيب في يده لانه متى اشرف على الهلاك تعيب لان كونه مشرفا على الهلاك يعد عيبا وهذا يمنع رده على البائع لان الواجب عليه ان يرده كما قبض وقد عجز عنه فبطل خياره فيلزم العقد ويتأكد الثمن بهلاكه على ملكه وكذا ان تعيب بفعله او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او بفعل المبيع لانه عجز عن رده كما قبض بأي وجه تعيب عنده فسقط خياره بخلاف ما لو كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضي به يمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة اذ لو لزم البيع فيه لزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء الا انه لا يدخل في ملك المشتري عند ابي حنيفة خلافا لهما لان البيع لازم في جانب من لا خيار له فيتم في حق البدل الذي من جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك احدهما الى الآخر الا يرى انه خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يبقى مملوكا بلا مالك وهو غير معهود في الشرع وله انه لما لم يخرج الثمن عن ملك المشتري بخياره فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة خروجا بخروج ودخولا بدخول فلو دخل في ملكه من غير ان يخرج البدل الآخر من ملكه لكان مالكا بلا عوض وذا ليس بموجب المعاوضة ولان الخيار شرع نظرا للعاقد ليتروى فيقف على المصلحة يعني لينظر هل يوافقه فيمضيه ام لا فيرده ولو ثبت الملك للمشتري وكان المبيع قريبه فيعتق عليه بغير اختياره لفات النظر فيعود على موضوعه بالنقض ويبتنى على هذا الاصل مسائل فرع فيها وقال فلو اشترى زوجته بالخيار لا يفسد النكاح عند ابي حنيفة لانه لم يملكها باعتبار الخيار وعندهما يفسد لانه ملكها وان وطئها فله ردها عنده لان الوطء بالنكاح لا بحكم ملك اليمين فاضيف الى البائع فلا يمنع الرد بحكم الخيار وقالا لم يردها لان الوطء حصل بحكم ملك الرقبة فمنع الرد وهذا اذا كانت ثيبا بخلاف ما اذا كانت بكرا ومن هنا قال الا في البكر فانه اذا وطئها امتنع الرد اتفاقا لتمكن النقصان بالوطء قال صاحب العناية جواز رده في وطء الثيب اذا لم ينقصها الوطء واما اذا نقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اشار اليه في شرح الطحاوي انتهى ولو ولدت المشتراة في مدته بالنكاح اي في مدة الخيار لا تصير ام ولد له عنده وبقي خياره فيملك الرد وعندهما تصير ام ولده وبطل خياره لانها ولدت في ملك المشتري فلا يملك الرد يقول الفقير اعلم ان هذه المسئلة وقعت في الهداية هكذا ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما قال صاحب النهاية لابد فيها من احد التأويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري او يكون معناه اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما على هذا كان قوله في مدته ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له مدة الخيار لا ظرف للولادة وتقرير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى وانما احتجنا الى احد التأويلين لانا لو اجرينا على ظاهره من اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيب الجارية في يد المشتري بشرط الخيار انتهى ما في النهاية ونقل صاحب العناية ما في النهاية بلا زيادة ولا نقصان ولم يتصرف بتصرف آخر رحمة الله عليهما والمصرح في المسئلة كما في الهداية

ولم يتفطن بما قال صاحب النهاية لله درهم والتأويل الذي ذكره صاحب النهاية ثانيا بعيد جدا فالتأويل هو الاول فتدبر ولو اشترى قريبه المحرم به اي بالخيار او اشترى عبدا بعد قوله ان ملكت عبدا فهو حر لا يعتقان اي لا يعتق قريبه ولا العبد في مدته اي في مدة الخيار عنده لانه لا يملكهما وعندهما يعتقان لانه يملكهما ولو قال ان اشتريت عبدا فهو حر ثم اشتراه بخيار يعتق عندهم جميعا لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد الشراء بالخيار عتق وسقط الخيار فكذا هنا ولا يعد حيض الجارية المشتراة به اي بالخيار في مدته من الاستبراء يعني ان الجارية المشتراة بالخيار اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يعد تلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولا استبراء على البائع ان ردت الجارية به اي بالخيار لانه لم تدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب الاستبراء على البائع اذا ردت بعد القبض قياسا واستحسانا وان ردت قبل القبض يجب قياسا لا استحسانا لان القياس ان يجب لتجدد الملك ووجه الاستحسان ظاهر ثم انهم اجمعوا في البيع البات اذا فسخ باقالة او بغيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا كذا في العناية ولو قبض المشتري به اي بالخيار المبيع باذن البائع ثم اودعه اي المشتري المبيع عنده اي عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها فهو على البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عند ابي حنيفة رحمه الله وحاصله ان القبض قد ارتفع بالرد على طريق الوديعة لم يصح لعدم ملك المودع فاذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد البائع كهلاكه في يده ولو اشترى المأذون شيئا به فابراه بايعه عن ثمنه في المدة بقي خياره وله الرد لانه يلي عدم التملك يعني لو كان المشتري بالخيار عبدا مأذونا فابرأه البائع عن الثمن في مدة الخيار صح الابراء وبقي خياره فان اختار كان المبيع له بلا ثمن وان فسخ عاد المبيع الى البائع بلا ثمن لان عنده لم يملكه فكان الرد امتناعا عن التملك والمأذون يملكه كما لو وهب له هبة فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره ولانه ملكه عندهما فكان الرد والفسخ تمليكا من البائع بلا بدل وهو تبرع والمأذون لا يملكه فان قلت اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوازه استحسان لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ولو اشترى ذمي من ذمي خمرا به اي بالخيار واسلم في مدته بطل شراؤه كيلا يتملكها اي الخمر مسلما بالاجازة عنده لانه ان بقي ولم يبطل فعند اسقاط الخيار يتملكه المشتري فيلزم تملك المسلم الخمر وعندهما ينفذ الشراء ويبطل الخيار لانه لو بقي لردها والرد يكون تمليكا والمسلم لا يملك تمليك الخمر خلافا لهما في الجميع اي جميع المسائل المذكورة من قوله فلو اشترى زوجته بالخيار الى هنا وجملتها تسع مسائل او عشر وقد ذكرنا قولهما ووجههما عقب كل مسئلة فلا نعيد ومن له الخيار رسولا كان بايعا او مشتريا او اجنبيا فله ان يفسخ وله ان يجيزه واذا اراد الاجازة يجيزه اي البيع بحضرة صاحبه وغيبته بالقول او الفعل كتصرف البايع في الثمن والمشتري في المبيع تصرف الملاك على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ولا يفسخ الا بحضرة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهو قول الشافعي فانهما يقولان يفسخ بغيبته ايضا لانه كان سلطانا على التصرف فيه من جهة الآخر فلا يشترط علمه كالوكيل بالبيع اذا باع فله الفسخ من غير علم الموكل ولهما انه اذا لم يعلم الفسخ فربما يلحقه ضرر

اما اذا كان الخيار للبايع فلان المشتري اذا لم يعلم الفسخ عسى ان يتصرف في المبيع فيلزم
قيمته بالهلاك او التعيب وهي قد تكون اكثر من الثمن واما اذا كان للمشتري فلان البايع لا
يطلب لسلعته مشتريا آخر اعتمادا عليه فيتضرر فان قيل لو لم ينفذ من له الخيار
بالفسخ يلزم ضرر الآخر وهو ان يختفي من عليه الخيار حتى تمضي مدة الخيار فيلزم العقد
شاء او لم يشأ قلنا هذا الضرر لم يعتبر لانه انما لزم بتقصير من جانبه حيث لم يأخذ كفيلا
من صاحبه ليحضره في المدة او وكيلا ليرد عليه اذا غاب وفي الخانية ينصب القاضي
خصما عمن عليه الخيار ليرده عليه وفي النهاية الخلاف فيما اذا فسخ بالقول واما اذا
فسخ بالفعل فالعقد ينفسخ حكما سواء علم الآخر او لم يعلم لان الشيء قد يثبت ضمنا
وان لم يثبت قصدا وهكذا الخلاف في فسخ خيار الرؤية واما في خيار العيب فالمشتري
اذا فسخ بغير علم البايع لا يجوز اتفاقا لانه لا يثبت الا بالقضاء او الرضاء وفي الجامع المحبوبي
لو كان القبض يصح الفسخ بغيبة الآخر كذا في شرح مجمع البحرين لابن ملك ثم
اعلم ان مرادهم بالحضرة هو العلم وانما كنوا عن العلم بالحضرة لانها سبب العلم
فان فسخ من له الخيار بغيبة صاحبه وعلم به الآخر في المدة انفسخ البيع لحصول العلم
في المدة والا اي وان لم يعلم به الآخر في المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ
ويتم العقد ايضا بموت من له الخيار ويبطل الخيار وقال مالك ينفسخ العقد
لانه وجد مع الخيار وقد تعذر ابقاؤه كذلك فينفسخ ولنا ان المانع من لزوم
العقد الخيار وقد بطل بالموت فيلزم العقد ولا ينتقل الى ورثته وقال الشافعي
يورث عنه ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار واجمعوا على انه
لو مات من عليه الخيار يبقى الخيار ودليله انه حق لازم حتى لا يملك من عليه الخيار ابطاله
وقد ثبت في البيع فيورث كملك المبيع والثمن وحق الرهن وخيار العيب وخيار
التعيين ولنا ان الخيار مشية وارادة فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا
المشية اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشيته صفة لا تزايله فلا تحتمل
الانتقال منه الى غيره والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث واما ما لا يحتمل الانتقال
فلا يورث كملكه في منكوحته وام ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث
ما كان قائما والعقد قول قد مضى وتلاشى فلا يتصور انتقاله الى الوارث و
خيار العيب لا يورث فان الخيار الذي كان للميت بطل وانما يثبت لوارثه خيار
مبتدأ بان يثبت ما يوجب الخيار وهو ملك المبيع سليما عن العيب كما اوجب العقد للميت
سليما عن العيب فيجب للوارث بهذا الوصف ولما استحق سليما عن العيب استحق
مطالبة البايع بالتسليم سليما الا يرى ان الخيار قد يثبت للوارث ابتداء وان لم يكن
ثابتا للمورث بان تعيب المبيع في يد البايع بعد موت المشتري قبل ان يقبضه الوارث
او اطلع على العيب بعد موته بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لم يوجد
في حق الوارث فلم يمكن التوريث فيه وخيار التعيين الثابت بالشرط لا يورث فيسقط
ولكنه ورث المبيع مجهولا مختلطا بملك الغير فيثبت له خيار التعيين ابتداء
كمن اختلط ماله بمال رجل يثبت له خيار التعيين كذا في الكافي
وكذا يتم العقد ويبطل الخيار بمضي المدة خلافا لمالك ولان الخيار مشروط للاجازة
فاذا مضت بطل العقد وعندنا مشروط للفسخ فاذا مضت المدة ولم يفسخ تم العقد
وبالاخذ بشفعة بسبب المبيع يعني لو اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام مثلا
فباع رجل دارا بجنبها فاخذها المشتري بشفعة صح اخذه وكان اخذه بالشفعة
رضا بالبيع فان قيل يجب الشفعة عند ابي ح لان المشتري لم يملك الدار المشتراة عنده
كما لا يثبت الشفعة اذا كان الخيار للبايع قلنا طلب الشفعة من المشتري دليل
على اختياره الملك في الدار المشتراة لان الاخذ بالشفعة لدفع ضرر الجوار وذا باستدامة الملك

فيتضمن

فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك للمشتري في الدار المشتراة من
وقت الشراء فظهر ان الجوار كان سابقا فلهذا وجبت الشفعة وصار رضا بالبيع
ويتم بكل ما يدل على الرضا كالركوب لغير الاختبار بالباء الموحدة على ما في اكثر النسخ
فان ركبها للاختبار او ليسقيها او ليشتري لها علفا فهو على خياره كذا في الاختيار
يقول الفقير فعلى هذا يكون في عموم قول المص لغير الاختبار نظر ولو قرئ بالياء المثناة
التحتانية يكون شاملا مثل النظر والتدبير والوطء والاعتاق وتوابعها اي وتوابع
كالتدبير والكتابة لان هذه التصرفات دليل الملك ويمكن ان يقال الضمير في توابعها
راجع الى كل من الوطء والاعتاق وتوابع الوطء مسه بشهوة والقبلة والنظر الى
الفرج بشهوة فان كلها دليل الرضا وان فعله بغير شهوة لا يكون رضا وكذلك النظر الى
سائر الاعضاء لانه يحتاج اليه ليعرف لينها وخشونتها ولو شرط المشتري الخيار لغيره
جاز خلافا لزفر لان الخيار من احكام العقد فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط
الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد انما يثبت نيابة عن العاقد فيثبت الخيار
للعاقد اولا ثم جعل لغيره نيابة عنه بطريق الاقتضاء تصحيحا للكلام وفي النوازل لو
شرط الخيار لجيرانه ان عد اسماءهم يجوز والا فلا وقيد المشتري اتفاقي لان البايع لو شرط
الخيار لغيره جاز ايضا واتيهما اي اي من المشتري او البايع والغير اجاز او فسخ صح لان
كل واحد منهما يملك التصرف اما المشتري او البايع فبالاصالة والغير بالنيابة وان
اجاز واحد وفسخ الآخر اعتبر السابق ردا كان او اجازة لان برد السابق منهما
انفسخ العقد والمفسوخ لا يجاز وباجازة السابق منهما ابرم العقد وبعد ابرام العقد
لا ينفرد احد العاقدين بفسخه وان كانا اي الاجازة والفسخ معا فالفسخ اي
فالمعتبر الفسخ في رواية لان اثر الاجازة اثبات الحل للمشتري واثر الفسخ ابقاؤه
في البايع فمع الشك الابقاء اولى من الاثبات ولان الاحتياط فيه لان الفسخ يوجب
الحرمة على المشتري والاجازة توجب الاباحة والمحرم راجح على المبيح وفي رواية يرجح
تصرف العاقد نقضا كان او اجازة لان الصادر من النايب لا يصلح معارضا للصادر
عن الاصالة فلو باع عبدين بالخيار في احدهما فان عينه وفصل ثمن كل صح والا فلا
هذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار والثاني
ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين
الذي فيه الخيار والرابع ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن والبيع جائز
في الوجه الاول دون ما عداه واما الجواز في الوجه الاول فلان المبيع معلوم والثمن معلوم
فلا فساد من قبل الجهالة غايته تعلق القبول في الذي لا خيار فيه بقبول الآخر ولكنه
شرط صحيح لان الذي فيه الخيار داخل في العقد وان لم يدخل في الحكم واذا دخل في
العقد صار قبوله شرطا صحيحا بخلاف ما لو اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا
احدهما مروي لانه غير داخل في العقد اصلا واما الفساد في الوجه الثاني فلجهالة المبيع
والثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده في الحكم وهو مجهول وثمنه
مجهول لانه يثبت بالحصة بطريق التقسيم عليه وعلى ما لم يدخل في الحكم والحصة مجهولة
فصار كبيع احد العبدين واما في الثالث فلان من فيه الخيار غير داخل في الحكم
فبقي الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولا واما في الرابع فلان من فيه الخيار
غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وثمنه مجهول لانه يثبت بطريق الحصة بالتقسيم
فصار كالذي لم يدخل تحت العقد اصلا وهنا سؤال وجواب في الكافي ان شئت فراجعه
ويجوز خيار التعيين وهو بيع احد الشيئين او ثلاثة على ان يأخذ المشتري
ايا شاء ولا يجوز في اكثر من ثلاثة والقياس ان يفسد في الاثنين والثلاثة
كفساده في الاربعة لان المبيع احد الثوبين او الاثواب غير عين فهو مجهول

جهالة مفضية الى النزاع لتفاوت الاثواب في نفسها وما كان كذلك فهو
مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله • وجه الاستحسان ان في معنى شرط
الخيار اذ الجواز ثمة للحاجة الى التأمل ليختار الارفق والانفع مع انه مخالف لمقتضى العقد
فكذا يحتاج هنا الى اختيار من يثق به لخبرة او من يشتريه ان كان شراؤه لغيره فجوزنا البيع
على هذا الوجه دفعا للحاجة ولا نسلم ان مثل هذه الجهالة مفضية الى النزاع لان الامر صار
مفوضا اليه فيختار ايا شاء ويرد الاخر والحاجة تندفع بالثلاثة لاشتمالها على الجيد
والردي والوسط فالاربعة وان لم يوجد النزاع لكن لم توجبها الحاجة وهذه الرخصة
قائمة بهما اي بعدم النزاع ووجود الحاجة فلا تحصل باحدهما وبتقييد تخيره بمدة خيار
الشرط على الاختلاف بين الامام الاعظم وصاحبيه رضي الله عنهم يعني بثلاثة ايام عند الامام
الاعظم وبمدة معلومة عندهما قال صاحب الهداية وصاحب الكافي ثم قيل يشترط ان يكون
في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير والصحيح انه
لا يشترط وهو المذكور في المبسوط والجامع الكبير وذكر خيار الشرط في الجامع الصغير
وقع اتفاقا لا اشتراطا واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث
او بمدة معلومة عند ابي حنيفة وبما شاء العاقدين عندهما والمبيع واحد من الشيئين او الثلاثة
في هذه الصورة والباقي امانة في يد المشتري وهو ملك البائع لان الداخل تحت العقد
احدهما لا كلاهما فلهذا قال المصنف التعريف وهو بيع احد شيئين ولم يقل بيع شيئين
اشارة الى هذا لكن الذي لم يدخل تحت العقد قبض باذن المالك لا على سوم الشراء
فكان امانة في يده كالوديعة وعن هذا قال فلو قبض المشتري الكل فهلك واحد
او تعيب لزم البيع فيه بثمنه لانه عجز عن رده بحكم الخيار لفوات الشرط وهو الرد
على الوجه الذي قبض فتعين هو مبيعا وتعين الباقي للامانة في يده وان هلك الكل
لزمه نصف ثمن كل ان كان شيئين او ثلثه ان كان ثلاثة لان احدهما غير عين مبيع
لزم ثمنه بالهلاك في يده والاخر امانة غير مضمون وليس احدهما مبيعا باولى من الاخر
فشاع حكم الامانة والبيع فيهما فيكون هو امينا في نصف كل واحد منهما مشتريا نصف
كل واحد منهما ان كان شيئين وكذلك في ثلاثة ان كان ثلاثة وليس له رد الكل واحدهما
لازم له الا ان ضم اليه اي الى خيار التعيين خيار الشرط فحينئذ له رد الكل ويورث
خيار التعيين يعني ان مات من له خيار التعيين فللوارث رد احدهما لانه ورث المبيع
مجهولا مختلطا بملك الغير فيثبت له خيار التعيين لاجل هذا المعنى وجد يورث
خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لا يورث خيار الشرط
قال الشافعي يورث وقد بينا الوجه من الجانبين فيما سبق فلا نعيده ولا يورث
خيار الرؤية لان الخيار انما يثبت للعاقد بالنص والوارث ليس بعاقد فلا يثبت
له الخيار ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر عند ابي حنيفة خلافا لهما
لان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج
الى دفع الغبن عن نفسه وايضا شرع ليختار من له الخيار الارفق فلو بطل بابطال الاخر
لما حصل هذا المقصود وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما فلا ينفرد احدهما
بالرد وحق الرد ثبت على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما نصيبه اضرار بالبائع
اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رد احدهما نصيبه لرده معيبا بعيب
الشركة اذ الشركة في الاعيان عيب فالبائع لا يمكن من الانتفاع الا بطريق التهايؤ
وقد كان قبل البيع متمكنا من الانتفاع به متى شاء والخيار شرع ليختار له الارفق
والاوفق لكن على وجه لا يلحق الضرر بغيره ومن ضرورة اثبات الخيار لهما الرد
بردهما لتصور اجتماعهما على الرد دون الرضا برد احدهما وعلى هذا الخلاف خيار العيب
يعني لو اشتريا فوجد احدهما بعيب فيه لا الاخر وخيار الرؤية يعني لو اشتريا شيئا

لم يرياه ثم رآه احدهما ورضي لا الاخر ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فظهر
بخلافه اخذه بكل الثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد
بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه واما اخذه بالجميع فلانه وصف
لا يقابله شيء من الثمن هذا اذا امكن رد المبيع واما اذا امتنع بسبب من الاسباب
يرجع المشتري على البائع من الثمن بحصة الوصف الفائت ونوقض بما اذا باع شاة على
انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه
واجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المجهول
الى المعلوم يصير الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لكونه وصفا
وقيد الوصف بمرغوب احترازا عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فلا يوجب الخيار

فصل في خيار الرؤية

من اشترى ما لم يره جاز عندنا • وله رده اذا رآه وقال الشافعي لا يجوز •
لان المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله
الخيار وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض • فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن
حزام وهو انه قال صلى الله عليه وسلم له لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري
لاجماعنا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد
قلنا بل المراد به النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال
يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاطلب
واشتري واسلم اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك • وقد اجمعنا
على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكها ثم ملكها فسلم لا يجوز وذلك دليل واضح على ان
المراد به ما ليس في ملكه والدليل المعقول لنا ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى
النزاع مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه يرده فلا يكون نزاع ثم ما لم يوجد ما يبطله
اي يبطل الخيار يعني ليس له وقت معين لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري فالتوقيت
زيادة على النص فيبقى الى ان يوجد ما يبطله بعد الرؤية بقول او فعل يدل على الرضا
وقيل انه موقت بوقت امكان الفسخ بعدها حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط
حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عدم التوقيت •
وان رضي قبلها اي له الرد اذا رآه وان قال قبل الرؤية رضيت لان الخيار متعلق بالرؤية
لما روينا فلا يثبت الخيار قبلها حتى يسقط بقوله رضيت قبلها ولا خيار لمن باع ما لم يره
يعني من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة
يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد
البائع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوز وان شاء رد كالمشتري اذا وجد
المبيع معيبا لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن و
اعتبارا بخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم ووجه القول المرجوع اليه
انه متعلق بالشراء فلا يثبت دونه • فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج الى تمام
الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري
باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشتراه فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه و
البائع لو رد لرد باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما اذا باع عبدا بشرط انه
معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار وان لم يكن في معناه لا يلحق به ويبطل على
صيغة المضارع المعلوم من الابطال خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط من تعيب وتعييب
في يده قبل الرؤية لانه اخذه سليما فيمتنع ان يرده معيبا وتعذر مصدر معطوف على فوله
تعيب رد بعضه بسبب هلاك بعضه لانه لو رد بعضه الباقي لزم تفريق الصفقة وهو
غير جائز وتصرف لا يفسخ كالاعتاق وهو تابعه كالتدبير او تصرف يوجب حقا للغير

كالبيع المطلق عن الخيار والرهن والاجارة قبل الرؤية وبعدها يعني يبطل بتصرف لا ينفسخ
او يوجب حقا للغير قبل الرؤية وبعدها لتعلق حق الغير به وبما ان التصرف الذي
لا يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار والمساومة اي العرض على البيع والهبة بلا تسليم
يبطل خيار الرؤية وبما بعدها اي بعد الرؤية لا قبلها لان التصرف الذي لا يوجب حقا
للغير لا يربو على صريح الرضا وقد قلنا انه لو قال قبل الرؤية رضيت فله الرد اذا رأى
لكن يبطل بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا مع عدم المانع وانما قال والهبة بلا تسليم
لان الهبة في صورة التسليم تكون من جملة التصرف الذي يوجب حقا للغير ۞
وكفت رؤية وجه الرقيق في سقوط الخيار ورؤية وجه الدابة وكفلها وهو عجزها
والعفل العجز والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع ليس بشرط لتعذره فيكتفى برؤية ما
يدل على العلم بالمقصود والمقصود في الرقيق هو الوجه الا ترى ان الثمن يزاد وينقص بالوجه
وكذلك الوجه والكفل في الدابة وهو الصحيح واكتفى محمد في الدابة بالنظر الى وجهها لانه
هو المقصود اعتبارا بالآدمي وشرط بعض العلماء رؤية القوائم مع الوجه والكفل
وفي شاة اللحم لا بد من الجس وهو اللمس باليد ليعرف سمنها من هزالها لان المقصود انما — الشاة التي لحمها مقصود
يعرف به وفي شاة القنية اي الشاة التي اتخذت للنسل واللبن لا بد من رؤية الضرع
لانه هو المعرف للمقصود ورؤية ظاهر الثوب ان لم يكن معلما كافية لانه يعرف البقية
فانه قلما يتفاوت طرفا الثوب الواحد ورؤية علمه كافية ان كان معلما لانه يتفاوت
في المالية بحسب علمه فلا بد من رؤية علمه ويكتفى برؤيته ورؤية داخل الدار كافية
وان لم يشاهد بيوتها عند ائمتنا الثلاثة وعند زفر لا بد من مشاهدة البيوت جميعا
وعليه اي وعلى قول زفر الفتوى اليوم لان البيوت في زمانه كانت متفاوتة تفاوتا فاحشا
فلم تكن كالبيوت الكائنة في زمن ابي حنيفة وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم يقول الفقير اذا
تتبعت بيان الكتب المتداولة في مسئلة الدار وجدت بيان المصنف لا يخلو عن مخالفة تتبع
تجد وان رأى بعض المبيع فله الخيار اذا رأى باقيه اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا
واحدا او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الآحاد او لا فتلك ثلاثة اقسام
فان كان الاول فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون
متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك في
العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ العقد بخيار
الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في عورتها واقعا في غير الملك ولان الفسخ رفع العقد
من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا
فان البايع يتضرر بانكساره بالنشر والطي فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود
على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالثياب والدواب فلا بد من رؤية كل واحد
لان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت في آحاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب يكتفى برؤية واحد منها لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت
وعلامة عدم التفاوت ان يعرض بالنموذج وعن هنا قال وما يعرض بالنموذج
كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله الا اذا كان الباقي اردى مما رأى
فحينئذ يكون له الخيار فعلى هذا اذا نظر الى الصبرة بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل
يعرض بالنموذج وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود ونظر الوكيل
بالشراء او القبض ان قبض المبيع كاف لا نظر الرسول اعلم ان ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا
بالقبض ورسولا اما صورة التوكيل بالشراء فان يقول الموكل كن وكيلا عني بشراء كذا
وصورة التوكيل بالقبض ان يقول كن وكيلا عني بقبض ما اشتريته وما رأيته وصورة الرسالة
ان يقول كن رسولا عني وقيل لفلان ان فلانا ارسلني اليك لتسلم الي ما اشتراه منك
فرؤية الوكيل الاول وهو الوكيل بالشراء تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه

ورؤية

ورؤية الوكيل الثاني وهو الوكيل بالقبض تسقط عند ابي حنيفة اذا قبضه ناظرا اليه فحينئذ
ليس له ولموكله ان يرده الا من عيب واما اذا قبضه مستورا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص
فلا يملك اسقاطه قصدا لصيرورته اجنبيا ورؤية الرسول لا تسقط الخيار بالاجماع
وعندهما هو كالرسول يقول الفقير هنا سهو من قلم الناسخ والصواب ان يقال
وعندهما الوكيل بالقبض كالرسول في عدم اسقاط رؤيته الخيار لان عدم اسقاط
رؤية الرسول بالخيار متفق عليه انما الخلاف في الوكيل بالقبض اذا قبضه ناظرا اليه
فان رؤيته تسقط الخيار عند ابي حنيفة لان الوكيل بالقبض وكيل باتمام العقد وتمامه
بتمام الصفقة وتمامها بسقوط خيار الرؤية فصار قبضه كقبض الموكل مع الرؤية
بخلاف الرسول لانه غير نائب عن المشتري وعندهما لا يسقط برؤية الوكيل
بالقبض باسقاط الخيار فلا يملكه ما لم يصرح وكيله به وعبارة المصنف لا يقبل الاصلاح اصلا
ولا يمكن ان يدعى انه من باب القلب على معنى ان الوكيل بالقبض كالرسول وهو اظهر من ان يخفى
فلا يصار اليه على انه يكون من عبارات الكتب مرفوعا بالكلية فيلزم اختلاط المشروع
بغير المشروع وعدم انضباط الجواز وعدم الجواز واختلاط الحل بالحرمة عياذا به تعالى
وبيع الاعمى وشراؤه صحيح وقال الشافعي ان كان بصيرا فعمي صحا منه وان كان اكمه
فلا يجوز بيعه وشراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة
الناس العميان من غير نكير وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامر به
لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما يأكل ولا يمكنه من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا
وفيه من القبح ما لا يخفى وله اي للاعمى الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره ومن
اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه بالحديث كذا في الهداية وقال صاحب العناية وفيه
نظر لان قوله صلى الله عليه وسلم ما لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وهو
انما يكون في البصير فالاولى ان يستدل بما ذكر من معاملة الناس العميان من غير
نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع قال مولانا سعدي افندي اقول
فيه بحث فان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى ان قولنا شريك البارئ ليس بموجود
في الخارج صادق ولكن يمتنع وجود الموضوع فيه فالاولى ايراد النظر بقوله صلى
الله عليه وسلم فله الخيار اذا رآه انما يستعمل في المحقق فليتأمل فان المراد بالرؤية
العلم بالمقصود انتهى يقول الفقير استدلال صاحب الهداية بالحديث ليس على صحة
بيع الاعمى وشرائه لا على ثبوت الخيار له كما لا يخفى فتدبر ويسقط بجسه المبيع
ان كان مما يعلم بالجس او شمه ان كان مما يعلم بالشم او ذوقه ان كان مما يعرف بالذوق وفيما
يعرف بذلك قيد للجميع وبوصف العقار له لان الوصف يقوم مقام الرؤية وكذا الشجر
يسقط خياره بوصفه وعن ابي يوسف اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال
قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقوم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك
الشفتين يقوم مقام القراءة في حق الاخرس للصلاة واجراء الموسى مقام الحلق
في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن بن زياد يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه
وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل بالقبض رؤية الموكل عنده على ما مر آنفا
ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار
فلا يعود ولو اشترى بصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف لان الناقل للخيار عن
النظر الى الوصف العجز وقد استوى فيه كونه اعمى وقت العقد وصيرورته اعمى بعد
العقد قبل الرؤية ومن رأى احد الثوبين فشراهما ثم رأى الآخر فله اخذهما او
ردهما لا رد احدهما فقد تقدم ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الآحاد في البيع
رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل منها وعلى هذا اذا رأى احد الثوبين
فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء

كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وتفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تفريق الصفقة قبل التمام ومعنى تمام الصفقة تناهيها في اللزوم فلا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية فيكون تفريق الصفقة منهيا عنه بقبض ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فاوجه ترجيح حديث النهي على المجيز واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع الصور وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح بانه محرم والمحرم راجح على المبيح اولانه متاخر عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ وباقة الرد كما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى كذا في العناية وفيه سؤال آخر مع جوابه ان شئت فراجعه ومن راى شيئا ثم شراه بعد زمان فوجده متغيرا تخير لانه اشترى ما لم يره اذ بالتغير صار شيئا آخر والا اي وان لم يتغير فلا يتخير لانه اشترى شيئا رآه وبنى على فران الا اذا لم يعرف انه الذي رآه قبل العقد لانه لم يرض به وان اختلفا في تغيره فقال المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير فالقول للبائع مع يمينه وعلى المشتري البينة لان سبب لزوم العقد وهو الرؤية السابقة ظاهر والتغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع ينكره ويتمسك بالاصل فالقول له لتمسكه بالظاهر والبينة بينة مدعي العارض هذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك المدة وان بعدت بان راى امة شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير فالقول للمشتري لان الظاهر شاهد له وان اختلفا في الرؤية فقال البائع رايت وقال المشتري ما رايت فللمشتري اي فالقول للمشتري مع يمينه لانه ينكر امرا حادثا وهو الرؤية وعلى البائع البينة ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية فباع منه اي من العدل ثوبا او وهب لاخر وسلم فلان يرده اي العدل بعيب لا بخيار رؤية ولا بخيار شرط لان الرد بهما قد تعذر بما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل تمامها لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها واما خيار العيب فلا يمنع تمامها بعد القبض لانه انما يثبت بسبب فوات وصف من اوصاف المبيع وفوات بعض الاوصاف لا يربو على فوات بعض المبيع وذا لا يمنع تمام الصفقة في الباقي اذا انفصل القبض والمسئلة مفروضة بعد القبض وهنا قلنا لم يره وقبضه لانه لو كان قبل القبض لجاز التفريق فيه ببيع او هبة لو عاد الثوب الذي باعه المشتري بسبب هو فسخ بان رده المشتري الثاني اليه بالعيب بالقضاء او رجع المشتري الاول في الهبة فهو على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع وهو لزوم تفريق الصفقة وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري كذا في العناية والكافي

فصل في خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه مطلق البيع والاضافة من قبيل الاضافة الصفة الى موصوفها والتقييد بالبيع المطلق عن شرط البراءة من كل عيب يقتضي سلامة المبيع عن العيوب لان الاصل هو السلامة وهي وصف مطلوب عن عادة وعرفا والمطلوب عرفا كالمشروط نصا فلمن وجد في مشريه عيبا رده مبتدا مؤخر خبره قوله فلمن او اخذه بكل ثمنه لا امساكه ونقص ثمنه لان الفائت وصف اذا العيب اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور

والشلل

والشلل والزمانة والاصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنا والذفر والبخر في الجارية ففي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث الا برضا بايعه بامساك المشتري المبيع المعيب ونقص ثمنه هو وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة ذكر المص هٰهنا ضابطة كلية يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن عند التجار اي في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله فالاباق ولو الى ما دون السفر من صغير يعقل عيب قالوا الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر من المصر الى القرية او بالعكس يكون عيبا منه لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء ولو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان ابقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما فليس بعيب وقيد بقوله يعقل لان اباق الصغير الذي لا يعقل ولا يميز ليس بعيب وكذا السرقة والبول في الفراش من صغير يعقل عيب يعني اذا سرق درهما من مولاه او من غيره يكون عيبا لاخلالها بالمقصود لانه لا يامنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام ويقطع يده في سرقة مال غيره فتكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في الماكولات للاكل فان سرقتها من مولاه ليس بعيب وكذا اذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويلبس وحده وهي اي الاباق والسرقة والبول في الفراش في الكبير عيب اخر ثم ذكر تفريعه بقوله فلو ابق او سرق او بال في الفراش في صغره عند البائع ثم عاوده اي عاود كل واحد منها عند المشتري فيه اي في الصغر رده به لانه يكون عين ذلك فيكون قديما حدث عند البائع وكذلك لو ابق او سرق او بال في كبره عند البائع ثم عاوده عند المشتري رده وان ابق او سرق او بال عند البائع في صغره ثم عاوده عنده اي عند المشتري بعد البلوغ لا يرده به لانه غيره لان السبب يختلف بالصغر والكبر لان البول في الفراش في الصغر يكون لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن وكذلك الاباق في الصغر يكون لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة بسبب الصغر وهما بعد الكبر لخبث في الباطن فلا يكون حدوثها بعد الكبر عيبا قديما فلا يرده به والجنون عيب في الغلام والجارية لكونه من آفة الدماغ مطلقا فلو جن في صغره و عاوده عند المشتري فيه اي في صغره او في كبره رده به يعني ان الجنون يفارق العيوب السالفة في عدم اشتراط اتحاد الحالين لان السبب في الجنون في الحالين واحد وهو فساد الباطن وآفة الدماغ فاذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره رده به والمعاودة في يد المشتري شرط في الكل وما قال شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام المعلم اشتراط المعاودة في الجنون لكنه ضعيف لان الله قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة عند المشتري للرد كذا في الهداية والبخر وهو نتن رائحة الفم والذفر بالذال المعجمة نتن رائحة الابط قال صاحب المغرب الدفر بالدال المهملة مصدر دفر اذا خبث رائحته وبالسكون اسم منه وفي دعائه اي نتنا ويقال للامة يا دفار اي يا منتنة واما الذفر بالذال المعجمة فبالتحريك لا غير وهو شدة الرائحة ايا ما كانت ومنه مسك اذفر وابط ذفر ورجل به ذفر اي صنان وهو مراد الفقهاء في قوله والبخر والذفر عيب في الجارية وهكذا الرواية والصنان بضم الصاد المهملة

رائحة الابط صح

وقال الجوهري في فصل الدال الدفر النتن خاصة يقال دفراً اى نتناً
وفي فصل الذال المعجمة الذفر بالتحريك كل ريح ذكية من طيب او نتن يقال مسك اذفر
بين الذفر وقد ذكر بالكسر بذفر وروضة ذفرة والذفر بفتحتين الصنان وهذا
رجل ذفر اى له صنان وخبث ريح ثم قال في باب النون وفصل الصاد المهملة الصنان
ذفر الابط ونقل المولى اخي چلبي في حواشيه على صدر الشريعة عن المبسوط الدفر
بفتحتين الدال المهملة والفاء رائحة منتنة يجيء من الابط ثم نقل كلام صاحب المغرب
الى قوله وهو مراد الفقهاء من قولهم والبخر والدفر عيب في الجارية يقول
الفقير ان كان نقل مولانا اخي چلبي عن المبسوط فهو الدفر بالدال المهملة والا
فهو بالذال المعجمة لان الجوهري اثبت كون الذفر بالذال المعجمة الصنان
وصاحب المغرب صرح بانه مراد الفقهاء فتأمل فيما نقلناه حتى يظهر لك الحق
والزنا والتولد منه عيب في الجارية لا في الغلام اما الاولان فلانهما في الجارية
يخلان بما عسى يكون مقصوداً وهو الاستفراش وليسا بعيبين في الغلام لانهما لا يخلان
بالخدمة المقصودة منه واما الاخران فلان الزنا في الجارية يخل بالاستفراش
والتولد بسبب التعيير لان الولد يعير بزنا امه والنفس تأبى عن الاستيلاد ممن يعير
لسراية ذلك الى الولد وليسا بمخلين بالخدمة المقصودة من العبد الا ان يتكرر
الزنا منه فانه يصير عادة له ويحتاج الى اتباعهن وهو مخل بالخدمة الا ان يكون
من داء يعني لا يكون البخر والدفر عيبين في الغلام الا ان يتفحشا بحيث لا يكون في
الناس مثلهما الا نادراً فانهما حينئذ يكونان لداء في الباطن وهو ينقص الثمن فيكونان
عيبين يقول الفقير قوله او يكون الزنا عادة له لكان اولى ليكون اشارة الى ما
قلنا انه الا ان يتكرر الزنا كما في سائر الكتب تتبع وفي القنية لو اشترى عبداً يعمل عمل
قوم لوط فان كان مجاناً فهو عيب لانه دليل الابنة وان كان باجر فلا بخلاف الجارية
فانه يكون عيباً كيف ما كان لانه يفسد الفراش وعند الشافعي الزنا عيب مطلقاً في الغلام
والجارية كالكفر لان الطبع السليم ينفر عن صحبته والاستحاضة عيب لانها لداء
في البطن وكذا عدم حيض بنت سبع عشرة سنة لا اقل لان سبع عشرة سنة اقصى
غاية بلوغهن عند ابي ح فيعتبر في ذلك اقصى ما ينتهي اليه ابتداء الحيض لان عدم
الحيض في اوانه دليل داء في البطن اذ العادة الاصلية في النساء اللاتي جبلهن
على السلامة ان يحضن في اوانه ويطهرن في اوانه فاذا كان بخلافه كان لداء في البطن
ويعرف ذلك اي المذكور من الاستحاضة وعدم الحيض بقول الامة لانه لا طريق لمعرفة
ذلك الا منها فترد الامة اذا انضم اليه اي الى قول الامة نكول البائع قبل القبض وبعده
يعني اذا قالت الامة ذلك وانكره البائع يستحلف فان نكل سواء كان قبل القبض او
بعده ترد عليه بنكوله وهو الصحيح وعن محمد ترد بلا يمين البائع قبل القبض لان
لان البيع قبل القبض ضعيف حتى يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بلا قضاء
ولا رضاء فصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قال صاحب الكافي اعلم ان المشتري
اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع
في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة يسمع دعواه
والمديدة مقدرة بثلاثة اشهر عند ابي يوسف وباربعة اشهر عند محمد وعن
ح وهو قول زفر بسنتين فاذا عرف المديدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان
القاضي مجتهداً يقضي بما ادى اليه اجتهاده والا يأخذ بالمتفق عليه وهو سنتان فاذا
ادعى الانقطاع في مدة كثيرة لا يسمع دعواه ما لم تدع ان ارتفاع الحيض بسبب الداء
او الحبل لانه بدون هذين السببين لا يعد عيباً والمرجع في الحبل الى قول النساء
وفي الداء الى قول طبيبين عدلين فاذا ادعى ذلك يسأل البائع اهي كما يدعي المشتري

فان قال نعم ردها على البائع باقراره وان قال هي كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة
الحيض عندي وانما حدث هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع
لتصادقهما على قيام العيب للحال فان طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع
على ذلك كما يحلف في سائر العيوب فان حلف برئ وان نكل ترد عليه لان نكوله
كاقراره وان شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع لا تقبل شهادتهم
بخلاف ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان الاستحاضة دروره الدم فيطلع عليه
واما انقطاع الحيض فلا وجه بعد عيباً فلا يقف عليه الشهود فيتيقن ...
بكذبهم فلا يقبل شهادتهم وان انكر البائع انقطاع حيضها في الحال لا يستحلف
عند ابي حنيفة وعندهما يستحلف انتهى ما في الكافي والكفر عيب فيهما اي في
الغلام والجارية لان المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية وكذا الشيب
بالشين المعجمة مصدر شاب لانه ينقص المالية قال صاحب الكافي والشيب عيب
وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر لانه في اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل الشيب
فيصير عيباً على التقديرين وفي بعض النسخ وكذا الثيب بالثاء المثلثة وتشديد الياء
يقول الفقير له وجه بحسب المعنى لان من اشترى امة على انها بكر فوجدها ثيباً
يردها لكن لا وجه له هنا بحسب اللفظ لان الثيب بالتشديد هي المرأة التي زالت بكارتها
وهي ليست من العيوب الا ان يرتكب الحذف في المضاف او يدعى ان الثيب مخففاً مصدر ولم يوجد
في كتب اللغة والدين بفتح الدال واحد الديون معروف لان مالية العبد تكون مشغولة
بحق الغرماء والسعال القديم لانه لداء متمكن في الباطن بخلاف غير القديم فانه بعرضة
ان يزول فلا يكون عيباً والشعر والماء في العين لان كل واحد منهما يضعف البصر
فان ظهر عيب قديم بعد ما حدث عند المشتري عيب اخر رجع بالنقصان كثوب اشتراه
فقطعه فاطلع على عيب فانه يرجع بالنقصان هنا فكذا ثمة وليس له الرد لان في الرد
اضراراً بالبائع لانه خرج عن ملكه سالماً عن العيب والقطع اللذين حدثا عند المشتري
فيعود معيباً ومقطوعاً فامتنع الرد وتعين الرجوع بالنقصان لدفع الضرر عن المشتري
الا ان يرضى البائع استثناء من المسئلتين جميعاً ياخذه كذلك اي معيباً ومقطوعاً
فله اي للمشتري ذلك اي الرد لانه رضي بالضرر حتى لو باعه المشتري بعد ما حدث عيب اخر
او قطع الثوب سقط رجوعه بالنقصان لان الرد غير ممتنع برضاء البائع فيجوز ان يقال
كنت اقبله كذلك فلاي شيء بعته فيصير المشتري بالبيع باخرها بسا المبيع فلا رجع
بالنقصان فان خاط الثوب بعد ما قطعه او صبغه احمر او لت السويق بسمن
ثم ظهر عيبه رجع بنقصانه وليس للبائع ان ياخذه لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة
لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها لا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول
فلانها لا تنفك عن الاصل واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على
محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه رباً فليس للبائع ان يقول
انا اخذه فتعين الرجوع بالنقصان دفعاً للضرر عن المشتري ولا يشكل بالزيادة المتصلة
المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا يمتنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة
ممكن تبعاً للاصل لان الزيادة ههنا محضت تبعاً للاصل باعتبار التولد بخلاف الخياطة
والصبغ واللت ثم اعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع
او غير متولدة منه فالمتصلة المتولدة من المبيع كالجمال والسمن لا تمنع الرد في ظاهر الرواية
وغير المتولدة كالصبغ والخياطة تمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر تمنع
منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا تمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل
دون الزيادة وتسلم الزيادة الى المشتري مجاناً بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب
ليس بمبيع بحال تبعاً لانه متولد من المنافع والمنافع غير اعيان ولهذا كان منافع الحر مالاً

وهو لم يكن الحرمة الا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم اليه
مجانا لما فيه من الربا لانه يبقى شيء بلا عوض في عقد المعاوضة والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة
بلا عوض يقابله كذا في النهاية والكافي وكذا الحكم لو صبغه اسود عندهما لان السواد
زيادة عندهما كالحمرة وعند ابي ح السواد نقصان كالقطع وانما تعذر رده بسببه فلا يرجع
بنقصان العيب حتى لو باعه يعني لو باع المشتري الثوب المخيط والثوب المصبوغ بالحمرة والسويق
الملتوت بالسمن بعد رؤيته عيبه لا يسقط الرجوع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل
البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا المبيع والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع
قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب
وكل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ولكن لا يمكنه الرد وان رضي البائع
فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب والحاصل ان المشتري متى كان حابسا المبيع لا يكون
لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه
لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة
لانه لما قطعه لباسا لولده الصغير كان واهبا له وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب
وقامت يده بمقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان
لكن اذا اراد المشتري الرجوع بالنقصان فللبائع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار
ان القطع للولد الصغير تمليك له صار حابسا المبيع فيمتنع الرجوع بنقصان العيب
وهنا نظيره اذا باع بعد القطع قبل الخياطة ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب
لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرد حقا للشرع
بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد
قبله فيرجع بنقصان العيب وهنا نظيره اذا باع بعد الخياطة والصبغ واللت
ولو اعتقه بلا مال او دبره او استولدها ثم ظهر العيب رجع بنقصان العيب
اما الاعتاق فالقياس فيه ان يرجع بنقصان العيب وهو قول الشافعي لان امتناع
الرد بفعله فصار كالقتل وهنا لانه لما اكتسب سبب تعذر الرد فيه كان حابسا له حكما فكان
محبوسا في يده ويريد الرجوع بنقصانه وفي الاستحسان يرجع بنقصان العيب لان الاعتاق
انهاء للملك اي اتمام له لان الملك في الآدمي ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء
ينتهي بمضي مدته والمنتهي يتقرر في نفسه ولهذا يثبت الولاء بالعتق والولاء اثر من آثار
الملك فيبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق لانهما لا يزيلان الملك
ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء
الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما فيرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بصفة
السلامة كما لو تعيب عنده وكذا يرجع بنقصان العيب ان ظهر بعد موت المشترى
بفتح الراء على صيغة اسم المفعول لان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة يثبت باعتبار
فينتهي بانتهائها والامتناع حكمي لا بفعله فلا يمنع الرجوع وان اعتق على مال او قتله لا يرجع بشيء
اما الاعتاق بمال فلانه ازال الملك بعوض فصار كالبيع وهذا لانه حبس البدل كحبس المبدل
ولو حبس عينه لا يرجع بشيء فكذا اذا حبس بدله وعن ابي ح وهو قول ابي يوسف انه
يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار كالاعتاق بلا مال ولان الاعتاق منه للملك
سواء كان بعوض او لا بعوض حتى يثبت الولاء في الموضعين واما القتل فلانه فعل
مضمون اذ لو باشره في ملك الغير يضمن وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا بملكه
والاصل ان امتناع الرد اذا كان بفعل مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه
متى كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى ومن شرط الرجوع بالنقصان ان لا يكون
ممسكا اياه واذا كان لا بفعل منه بان هلك او بفعل غير مضمون منه يرجع لانه لم يصر
ان يكون ممسكا وعن ابي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكانه مات حتف انفه

وكذا

وكذا لا يرجع بالنقصان لو اكل الطعام كله او بعضه او لبس الثوب فتخرق
ثم اطلع على عيب لا يرجع عند ابي ح خلافا لهما لانه صنع في المبيع ما يعتاد فعله فيه
ويشترى لاجله فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه
في المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالاحراق والقتل وهذا لانهما يوجبان الضمان
في ملك الغير وانما استفاد البراءة عنه لملكه في المحل وفي رواية عنهما لو اكل بعضه
ثم اطلع على عيب يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه
ويرجع بنقصان العيب فيما اكله والحاصل انه ان اكل كل الطعام ثم اطلع على عيبه او لبس
الثوب فتخرق ثم اطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب عند ابي ح وعندهما يرجع وان اكل
بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب عند ابي ح ايضا وفي رواية عنهما يرجع
وفي رواية اخرى عنهما انه يرد ما بقي ويرجع بنقصان العيب فيما اكله وان اشترى بيضا
او جوزا او بطيخا او قثاء او خيارا فكسره فوجده فاسدا بان كان منتنا او مرا
فان كان ينتفع به في الجملة بان يصلح لاكل بعض الناس او الدواب رجع بنقصانه
ولا يرده لتعذر الرد بالكسر لانه عيب حادث وقال الشافعي يرده اذا كسره
مقدارا لا بد منه للعلم بالعيب لان البائع سلطه عليه فكانه فعله بنفسه ورضي به
قلنا رضي بكسره في ملك نفسه لا في ملك بائعه فيجب رعاية حقهما وذا بالرجوع
بالنقصان كما لو كان ثوبا فقطعه الا ان يرضى البائع ان يأخذه مكسورا ولو وجد
بهذه الصفة قبل الكسر رده لامكانه والا اي وان لم ينتفع به اصلا بان كان
لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب فبكل ثمنه اي يرده ويرجع بكل ثمنه لا بحكم
الرد بالعيب بل لبطلان البيع اذ المبيع ليس بمال لان المال ما ينتفع به في الجملة
ومتى كان بحال لا ينتفع به اصلا بان انه ليس بمال فلم يصادف البيع محله فيبطل
ويرجع بكل ثمنه ثم انهم قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز
اذا لم يكن لقشره قيمة واما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يتخذ قشره وقودا
فوجده خاليا من اللب قيل يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان
العقد في حق القشر صادف محله وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز
قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فبطل البيع
وان كان للقشر قيمة والجواب في القثاء والبطيخ كالجواب في الجوز كذا في الكافي
ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل كالواحد والاثنين في المائة صح البيع استحسانا
لان الكثير من الجوز مثلا لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسخ البيع
باعتباره فات بيعه والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة
والا اي وان لم يكن قليلا بل كثيرا فسد البيع في الكل ورجع بكل ثمنه عند ابي ح
لجمعه في العقد بين ما له قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع
وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحا وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا لان الثمن
لم يفصل ومن باع ما شراه بآخر فرد عليه اي على بائع ما شراه بعيب بقضاء باقرار
او نكول او ببينة رده على بائعه ولو قبله برضاه لا يرده عليه يعني لو باع عبدا فباعه
المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي اولا فان كان الاول فاما ان
يكون باقراره بمعنى ان المشتري الثاني ادعى على البائع الثاني اقراره بالعيب والبائع
انكر فاثبته المشتري بالبينة وانما احتجنا الى هذا التاويل لانه اذا اقر باقراره
لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب ولا يكون له ان
يرده على بائعه لانه اقال يقول الفقير لا يحتاج الى هذا التاويل لانه
اذا اقر واراد المشتري الثاني الرد لكن ابى المشتري الاول عن القبول يحتاج الى القضاء
والجبر بالقبول والى ما ذكرنا اشارة في كلام صاحب التسهيل فتتبع

واما ان يكون ببينة او بنكول ففي كل منهما له ان يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بعيب وان كان الثاني وهو ان لا يكون الرد بقضاء القاضي بل برضاء المشتري الاول فليس له الرد على بايعه لانه اقالة على ما مر آنفا وهي بيع جديد في حق ثالث والبايع الاول ثالثهما هذا اذا كان رد المشتري على الاول بعد القبض واما اذا رده قبله فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء او برضاء لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار رؤية او بخيار الشرط ثم اعلم ان الجواب في عيب يحدث مثله كالمرض وفيما لا يحدث كالاصبع الزائدة سواء في الصحيح وفي بعض الروايات ان فيما لا يحدث مثله يرده على بايعه سواء كان الرد بقضاء او بغيره لتيقنا بوجود العيب عند البايع الاول وقد فعلا بدون القاضي عين ما يفعله القاضي لو دفعا الامر عليه لان الرد متعين فيه هنا فيجعل فعلهما كفعل القاضي كذا في الكافي ومن قبض ما شراه ثم ادعى عيبا لا يجبر على دفع ثمنه ولكن يبرهن المشتري او يحلف بايعه لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب وينقض القضاء فلا يقضي به صونا للقضاء عن البطلان فان قال بعض الفقير الظاهر ان قال بالواو نحو شهودي غيب جمع فانه يستحلف البايع ودفع الثمن ان حلف بايعه لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس بالدفع كثير ضرر بالمشتري لانه متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ ثمنه وهنا في العناية بحث من وجهين وجوابه ان شئت فراجعه ولزم العيب ان نكل البايع عن اليمين لان النكول حجة فيه ثم اعلم انه استشكل صاحب الهداية هنا وهو قوله لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف او يقيم المشتري بينة بانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البايع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لانه باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني غير صحيح لان باقامة البينة لا يتوجه الاجبار بل عدم الاجبار قالوا ثم اجابوا بوجهين الاول انه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا فيكون تقديره او يجب حتى يقيم المشتري بينة فانه لا يجبر والثاني ان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيكون معنى قوله لم يجبر على دفع الثمن انه ينظر ولم يحكم بشيء حتى يحلف اه لان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار فذكر اللازم وارادة الملزوم بطريق الكناية مسلك مشهور وهنا مثل قول من قال في قول القائل علفتها انه بمعنى اطعمتها بناء على ان الاطعام ملزوم للتعليف فذكر اللازم واراد الملزوم وهو الاطعام بطريق الكناية والاطعام يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي ومن لم يشربه وقال صاحب العناية والحق ان الاشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم يقول الفقير المفهوم المطلق معتبر في الروايات وكلام المصنفين اتفاقا انما الخلاف في اعتباره في الاحكام مع انه صرح صاحب التلويح بان مفهوم الغاية خصوصا لزومه متفق عليه في الاحكام والروايات وصاحب الدرر قال في دفع الاشكال والحق ان عبارة صاحب الهداية من قبيل اللف والنشر التقديري تقديره لم يجبر على دفع الثمن ولا يكون للمشتري حق الرد على البايع حتى يحلف البايع او يقيم المشتري ببينة ثم قال وهذه فائدة افادها صاحب كشف الكشاف في قوله تعالى يوم يأتي بعض آيات ربك لا ينفع نفسا ايمانها لم تكن آمنت من قبل او كسبت في ايمانها خيرا حيث قال انه من قبيل اللف والنشر التقديري والمعنى لا ينفع نفسا ايمانها ولا عملها لم تكن آمنت من قبل او كسبت في ايمانها خيرا انتهى يقول الفقير المفهوم مما ذكره البيانيون ان اللف والنشر التقديري ان يذكر اللف مشتملا على ما ينظر اليه النشر بطريق الاجمال على طريقة قوله تعالى وقالوا لن يدخل الجنة الا من كان هودا او نصارى فان الضمير في قوله قالوا لليهود والنصارى

مطلب تصحيح قول الهداية

فذكر

فذكر الفريقان على طريق الاجمال دون التفصيل ثم ذكر ما لكل منهما فيكون تقديره قالت اليهود لن يدخل الجنة الا من كان هودا وقالت النصارى لن يدخل الجنة الا من كان نصارى فلف بين القولين او بين الفريقين اجمالا لعدم الالتباس والثقة بان السامع يرد الى كل فريق او الى كل قول مقوله للعلم بتضليل كل فريق صاحبه واعتقاده انه انما اهل الجنة هو لا صاحبه لانه قالت اليهود ليست النصارى على شيء وقالت النصارى ليست اليهود على شيء اذا عرفت هذا فاعلم ان ما قاله صاحب الدرر ليس على ما ينبغي بل هو بالتأمل في عبارة صاحب الهداية فالحق ان قوله او يقيم المشتري بينة معطوف على قوله لم يجبر على ما يرشد اليه الفاضل صدر الشريعة ومن ادعى اباق مشريه يعني ادعى المشتري اباق العبد الذي اشتراه وكذبه البايع يبرهن المشتري اولا انه اي العبد ابق عنده يعني لا يسمع دعوى المشتري هذه حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده يسمع دعواه بعد ذلك ثم يحلف بايعه على البتات مع انه فعل الغير قال شمس الائمة الحلواني التحليف على فعل الغير يكون على العلم مطلقا في جميع المسائل الا في دعوى الاباق حيث يحلف على البتات لان البايع يدعي تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه وهو سلامة المبيع ويقال في التحليف بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط ولقائل ان يقول في هذا الوجه ترك النظر للبايع لان قوله ما ابق قط شامل للاباق من الغاصب وهو ليس بعيب او بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي المشتري او بالله ما ابق عندك قط قال صاحب الدرر هذه العبارة وان وقعت في الكتب لكن قال المتأخرون فيه ترك النظر للمشتري لانه يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيها ذهول عنه انتهى لا يحلف بان يقال بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ترك النظر للمشتري ايضا لانه ان ابق بعد البيع قبل التسليم لا يحنث لانه يتعلق الحنث بقيام العيب في الحالين والمتعلق بالشرطين لا ينزل الا عند وجودهما وفي اباق الكبير يعني اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ فلو حلف مطلقا كان فيه ترك النظر في حق البايع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البايع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البايع من اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد للنكول ويتضرر قال صاحب الدرر اقول ينبغي ان يكون الحكم في البول في الفراش والسرقة ايضا كذلك لاشتراكها في العلة والية اشار صاحب غاية البيان بقوله وذلك لان اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة وعند عدم بينة المشتري على اباقه عنده اي عند المشتري يحلف البايع عندهما انه ما يعلم انه ابق عنده واختلفوا على قول الامام الاعظم فقال بعض المشايخ يحلف عنده كذلك وقال بعضهم لا يحلف عنده وهو الصحيح لان التحليف شرع لدفع الخصومة المحققة لا لانشائها ولو حلف البايع هنا لا ينقطع الخصومة بينهما بل يتحقق بينهما خصومة اخرى فانه متى نكل عن اليمين يتحقق العيب للحال فيحدث بينهما خصومة اخرى ان هذا العيب هل كان عند البايع ويحتاج الى استحلاف البايع مرة اخرى ولهما انه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف رجاء النكول كما في سائر الدعاوى وان الدعوى صحيحة معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف بالاستقراء الا انه يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو العبد فان نكل البايع عن اليمين على قولهما ثبت اباقه عند المشتري وحلف ثانيا للرد كما مر وان حلف لم يثبت اباقه عند المشتري ولو قال بايعه بعد التقابض اي بعد قبض المشتري المبيع

والبايع الثمن بعتك هذا مع اخر وقال المشترى لا بل بعت هذا وحده فالقول له
اى المشترى يعنى لو اشترى امة وتقابضا فوجد بها عيبا واراد ردها فقال البايع بعت هذه
واخرى معها وقال المشترى بعتنى هذه وحدها فالقول للمشترى لان حاصل اختلافهما وقع فى
مقدار المقبوض فيكون القول للقابض فى مقدار المقبوض لانه ينكر قبض الزيادة الا يرى ان
الغاصب لو انكر زيادة فى المغصوب يكون القول له فهنا اولى وكذا يكون القول للمشترى
لو اتفقا فى قدر المبيع واختلفا فى المقبوض يعنى لو اشترى امتين فقال البايع قبضتهما
وقال المشترى ما قبضت الا احديهما يكون القول ايضا للمشترى لما بينا من ان القول للقابض
ولو اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالاخر عيبا رد هما
او اخذهما ولا يرد المعيب وحده تفاديا عن تفريق الصفقة قبل تمامها لانها تتم
بقبضهما وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز وعن ابى يوسف انه لو وجد فى المقبوض عيبا
يرده خاصة لان الصفقة تامة فى حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح
هو الاول لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه
لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالاخر الا ان ظهر العيب
بعد قبضهما يعنى لو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده خاصة لانه تفريق بعد تمام
الصفقة وهو جائز وقال زفر لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى
عن ضرر اذ العادة ضم الجيد الى الردى فاشبه بخيار الرؤية وخيار الشرط هذا الذى ذكر
اذا كان المبيع مما لا يكال ولا يوزن وكان شيئين ولو كان المبيع كيليا او وزنيا من
نوع واحد ووجد ببعض الكيلى او الوزنى معيبا بعد القبض رده كله او اخذه اى كله
وليس له ان يرد المعيب خاصة لان المكيل والموزون كشئ واحد حكما وان تعدد او ان
كان اشياء تحقيقا لان المالية والتقوم فى المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع
فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها واذا كانت المالية والقابلية
للبيع بالاجتماع صار الكل فى حق البيع كشئ واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر
ونحوه وجعل رؤية البعض لرؤية الكل كالثوب الواحد على ما مر ولو كان شيئا واحدا
حقيقة ووجد ببعضه عيبا بعد القبض لا يرد المبيع فقط فكذا هنا وقوله بعد القبض
وقع اتفاقا لانه لا فرق فيه بين ما اذا وجد بعد القبض او قبله بل كونه مخيرا بين رد
الكل واخذه وعدم رد المعيب خاصة اذا كان قبل القبض اظهر لان فيه تفريق الصفقة
على البايع قبل التمام البتة كذا فى الكافى وانما حمل الص على ان قيده بقوله بعد القبض
فانه بقوله الا ان ظهر العيب بعد قبضهما تدبر ولا فرق فيه بين ما اذا كان الكل فى
وعاء واحد او فى اوعية عند القبض فى اظهر الرواية وقيل هذا اذا كان فى وعاء واحد
واحده وعدم رد المعيب خاصة ان لم يكن فى وعائين والا وان كان فى وعائين
فهو كالعبدين بعد القبض حتى يرد الوعاء المعيب دون الاخر لانه يرد على الوجه الذى خرج
من ضمان البايع ووجه الاول ما بينا انفا من انه اذا كان من جنس واحد فهو كشئ واحد
ولو استحق بعضه اى بعض الكيلى او الوزنى بعد القبض ليس له رد ما بقى لان الشركة فى المكيل
والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرها والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان
العقد حق العاقد فتمامه يستدعى تمام الرضا من العاقد لا من المالك وقد وقيد
بقوله بعد القبض لانه لو استحق قبل القبض له ان يرد الباقى لتفرق الصفقة قبل التمام
بخلاف الثوب يعنى لو كان المبيع ثوبا فاستحق بعضه خير فى رد ما بقى لان التبعيض
فيه عيب لانه يضر فى ماليته والانتفاع به ومداواة المشترى المعيب بعد رؤية العيب
وركوبه اى ركوب المعيب بعدها رضى اما المداواة فلانه قصد ازالة العيب
وهو يمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد فكانت المداواة
دليل قصد الامساك ودليل الشئ فى الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك

ولم ذلك

٤ ما قبل التميز صح

ولم ذلك بعيب اخر لان الرضا بعيب لا يستلزم الرضا بعيب اخر واما الركوب اذا كان
لحاجة فلانه يكون دليل الاستبقاء ايضا والاصل فيه ان المشترى اذا تصرف فى المبيع
بعد ما علم بالعيب تصرف الملاك بطل حقه فى الرد لانه دليل الرضا بالعيب والامساك
وكذا الاجارة والرهن والكتابة والسكنى والمساومة والاستخدام مرة ثانية والعرض
على البيع واللبس والركوب بخلاف خيار الشرط فان الركوب واللبس ليس دليلا لاختيار
الملك لان خيار الشرط شرع للاختبار والركوب او اللبس يحتاج اليه للاختيار فلو
جعل ذا اختيارا للملك يفوت فائدة خيار الشرط واما خيار العيب فما شرع للاختبار
وانما شرع للرد ليصل الى راس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت وقد
تصرف تصرفا لا يحل بلا ملك فجعل دليلا للرضا والامساك ولو ركبه لرده على البايع
او سقيه او شراء علفه ولا بد له منه فلا يكون رضا قال صاحب الكافى قيل تاويله انه
اذا لم يمكنه الرد والسقى وشراء العلف الا بالركوب بان كانت جموحا لا يمكن ضبطها
الا بالركوب فركب لا يكون رضا وقال صاحب العناية اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان
يكون له منه بد او لا واما الركوب للسقى والعلف فمحمول على ما اذا لم يكن منه بد لصعوبة
الدابة لكونها جموحا او لعجزه عن المشى لضعف او كبر او لكون العلف فى عدل واحد
واما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف فى عدلين وركب كان الركوب
رضا انتهى فعلى هذا قوله ولا بد له منه قيد للثلاثة على ما ذكره صاحب
الكافى وللاخيرين على ما قاله صاحب العناية تدبر ولو قطع العبد المبيع بعد قبضه
اى بعد قبض المشترى او قتل بسبب متعلق بقطع وقيل على التنازع كان عند
البايع رده واخذ ثمنه يعنى اشترى عبدا قد سرق عند البايع فقطع يده عند المشترى
له ان يرده ويأخذ ثمنه عند ابى حنيفة وقالا لا يرده بل يرجع بفضل ما بين كونه سارقا وغير سارق
وكذا لو قتل العبد المشترى فى يده بسبب وجد فى يد البايع له ان يأخذ ثمنه عند
ابى حنيفة وقالا لا بل يرجع بفضل ما بين كونه قاتلا او غير قاتل وعن هذا قال او قاتلا وغير
قاتل ان لم يعلم المشترى بالعيب عند الشراء قيد لهما جميعا لابى يوسف ومحمد رحمهما الله
ان الموجود فى يد البايع سبب القطع او القتل وهو لا ينافى المالية فينفذ العقد فيه
لكنه معيب لكونه مباح اليد او الدم فيرجع بنقصانه لتعذر الرد اما فى صورة القتل
فظاهر واما فى صورة القطع فلان الاستيفاء وقع فى يد المشترى وهو غير الوجوب
فكان كعيب حدث فى يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى
حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت فى يد المشترى بالولادة فانه يرجع بفضل
ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولابى حنيفة ان سبب الوجوب حصل فى يد البايع وسبب
الوجوب يفضى الى الوجوب والوجوب يفضى الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى
السبب السابق وما ذكره الخصم من المسئلة ممنوع فان ذلك قولهما واما على قول ابى حنيفة
فالمشترى يرجع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة والا اى وان علم المشترى بالعيب عند الشراء
فلا يرده ولا يرجع بنقصان الثمن بالاتفاق قال صاحب العناية ولو كان المشترى
عالما بذلك وقت العقد او بعد العقد قبل القبض صار راضيا بالعيب فلا يرجع على البايع
بشئ فى قولهم جميعا لكن قال صاحب التسهيل ولو شراه عالما بسرقته او حل دمه فهو يرجع
عند ابى حنيفة فى الاصح كما فى الاستحقاق اذ العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وهما يقولان
لا يرجع لانه على رضى بعيب وهو رواية عن ابى حنيفة لشبهه بعيب واستحقاق فيرجع جاهلا
لا عالما عملا بالشبهين وصاحب العناية اشار الى ما قاله صاحب التسهيل حيث قال
قوله ولم يعلم به المشترى يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قول
ابى حنيفة فى الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وقوله فى
الصحيح احتراز عما روى عن ابى حنيفة انه لا يرجع . انتهى ما قاله صاحب العناية

اذا عرف هذا فاعلم انه يمكن حمل عبارة المص على ما قاله صاحب البنايه وعلى ما قاله
صاحب التسهيل واشار اليه صاحب العناية لكنها اظهر فيما قاله صاحب التسهيل
فتدبر حق التدبر يحصل لك نتيجة التفكر ولو تداولته الايدي يعني بعد وجوب سبب القطع
في يد البايع لو تداولته الايدي بالبياعات ثم قطع في يد المشتري الاخير رجع الباعة
جمع بايع واصله بيعة على وزن نضرة بعضهم على بعض كما في الاستحقاق عند ابي ح لانه
بمنزلته عنده وعندهما يرجع المشتري الاخير على بايعه لا يرجع بايعه بايع المشتري
على بايعه كما في العيب لانه بمنزلته عندهما وهذا لان المشتري الاخير لم يصر حابسا
المبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الاخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما
تقدم ولو باع بشرط البراءة من كل عيب صح وان لم يعد العيوب قال صاحب البنايه
اذا باع الرجل شيئا على انه بريء من كل عيب فيه ولم يخص شيئا من العيوب دون شيء فذلك جائز
عند علمائنا الثلاثة وزفر والحسن بن زياد وقال الشافعي في احد قوليه انه لا يصح البراءة
من العيوب المجهولة ويفسد العقد وله اقوال ثلاثة في هذه المسئلة احدها البيع فاسد
والشرط فاسد والثاني البيع جائز والشرط فاسد والثالث يجوز هذا الشرط
في الحيوان خاصة ولا يجوز في غيره وجه قوله الاول ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح
لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا انه اسقاط فيه
التمليك واسقاط الحق يجوز مع الجهالة كالطلاق والعتاق كما اذا طلق نساءه
او اعتق عبيده ولا يدري كم عدد نسائه وكم عدد عبيده وانما لم يصح تمليك المجهول
في البيع والهبة لانه تمليك محض يفتقر الى التسليم والجهالة مانعة من التسليم والتسلم مفضي
الى المنازعة وشرع الاسباب لقطع المنازعة انتهى ويدخل في البراءة من العيب العيب
الحادث قبل القبض عند ابي يوسف وذكر ابو حنيفة رحمه الله معه في الكافي لان الغرض
من هذا الشرط ابرام العقد ولزومه على وجه لا يرد عليه النقض باسقاط حقه عن السلامة
وذا لا يحصل الا اذا دخل الموجود عند العقد والحادث قبل القبض في البراءة
خلافا لمحمد وكذلك قول زفر لان البراءة تتناول الثابت فينصرف الى الموجود عند العقد
دون الحادث قال صاحب الكافي فعلى قول محمد رح اذا طعن بعيب وقال انه حادث بعد
البيع قبل القبض وقال البايع بل كان موجودا وقت البيع ووقت البراءة منه فالقول
للبايع لانه ينكر حق الرد عليه كما لو ابرأه عن كل دين ثم ادعى دينا حادثا يكون القول
فيه للمدعى عليه لان رب الدين مدعي الوجوب بعد البراءة والمطلوب منكر والله اعلم

باب البيع الفاسد

لما فرغ من بيان البيع الصحيح بنوعيه اللازم وغير اللازم شرع في بيان الفاسد وقدم الصحيح
لانه هو الاصل لكونه مشروعا ذاتا ووصفا بخلاف الفاسد فانه مشروع ذاتا لا وصفا
ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه
قال مولانا سعدي افندي ولعل الاولى ان يقال في وجه التلقيب بالفاسد انه اراد بالفاسد
المعنى الاعم للباطل لا المقابل له وقال صاحب البنايه اعلم ان القدوري رحمه الله لقب الباب
بالفاسد وان ابتدأ بالبيع الباطل بقوله كالبيع بالميتة والدم لان الفاسد اعم من الباطل
لان كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا و
الفاسد مضمحل الوصف دون الاصل كالجوهر اذا تغير وصفه يقال فسد اللؤلؤ واذا لم يبق
صالحا لشيء يقال بطل ومن جملة ما يفسد به البيع ان يكون المبيع مجهولا او ثمنه او يكون
محرما او ثمنه او ان يكون في المبيع حق لغير بايعه او ان يشترط فيه شرط فيه منفعة لاحد
من الناس لا يوجبها العقد او يكون المبيع مما لا يقدر على تسليمه او يكون في المبيع غرر
او في ثمنه فالبيع فاسد في ذلك كله وكذلك بيع ما ليس عند البايع او بيع ما لم يقبضه
البايع وكذلك ان يبيع دينا له في ذمة غير المشتري او يشتريه من غير من هو في ذمته

وكذلك

وكذلك صفقتان في صفقة وشرطان في بيع وكذلك بيع الاوصاف والاتباع من
الحيوان وما لا يتبعض من غير الحيوان الا بضرر وان تبعض من غير الحيوان بغير ضرر جاز
بيعه ولا يجوز ان يبيع بثمن ثم يشتريه باقل مما باع قبل ان يقبض الثمن انتهى في البناية
بيع ما ليس بمال والبيع اي بيع الشيء به اي بما ليس بمال بادخال الباء عليه كان
بعت هذا الثوب بهذه الميتة مثلا باطل كالدم والميتة وهو التي ماتت حتف انفها
بخلاف الموقوذة فانها مال عند اهل الذمة كالخمر والخنزير كما سيأتي ان شاء الله تعالى
والحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة مال بمال بالتراضي لان هذه الاشياء لا تعد مالا
عند احد ممن له دين سماوي وكذا بيع ام الولد والمدبر لانهما استحقا العتق بامر
كائن لا محالة فاشبها الحر والمراد من المدبر المدبر المطلق دون المقيد بالتفسير المار
في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وكذا بيع المكاتب فانه باطل لانه استحق يدا
على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاء المكاتب ويملك
المكاتب فسخها بتعجيزه نفسه الا ان يجيزه المكاتب فان بيعه صحيح في ظاهر
الرواية لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع
وروي في النوادر انه لا يجوز قال صاحب العناية رحمه الله وبيع ام الولد والمدبر
والمكاتب باطل لكن ليس كبطلان بيع الحر فانه باطل ابتداء وبقاء لعدم محلية البيع
اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها
فبطل ما قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر ولزم بطلان بيع القن المضموم اليهم
في البيع كالمضموم الى الحر وذلك لانهم دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة
ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز
كما مر بخلاف الحر فانه لما لم يدخل في البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء
وانه باطل وكذا بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن قال صدر الشريعة اعلم ان المال
عين يجري فيه التنافس والابتذال فيخرج التراب والدم والميتة ان ماتت حتف انفها
واما التي خنقت او جرحت في غير موضع الذبح كما هو عادة بعض الكفار وذبائح المجوس
فمال الا انها غير متقومة كالخمر والخنزير ويخرج منه الحر لانه لا يجري فيه الابتذال بل هو
مبتذل بكسر الذال والمال الغير المتقوم مال امرنا الله تعالى باهانته لكنه في غيرنا
مال متقوم فكل ما ليس بمال فالبيع به باطل سواء جعل مبيعا او ثمنا وكل ما هو مال غير متقوم
فان بيع بالثمن اي بالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان بيع بالعرض او بيع العرض
به فالبيع في العرض فاسد انتهى قال صاحب الكافي والفرق ان الخمر والخنزير مال
الا انه غير متقوم لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا
بان اشتراهما بالدراهم والدنانير اعزازهما فالشرع هذا التصرف وابطله اهانة
لهما ودفعا لاعزازهما اما اذا اشترى الثوب بالخمر فمشتري الثوب انما قصد تملك الثوب
بالخمر وما في تملك الثوب بالخمر اعزاز بالخمر بل فيه اعزاز بالثوب فبقي ذكر الخمر معتبرا
في تملك الثوب وفي حق مشتري الخمر معقودة تملك الخمر فلم يظهر حكم التقوم في حقه لئلا
يكون اعزازا لها وظهر في حق تملك الثوب فصار العقد منعقدا في حق الثوب ولم يصح
تسمية الخمر في حق نفسها فيكون العقد واقعا بقيمة الثوب لانه لم يملكه مجانا بل
بعوض وقد تعذر مقابلته بذلك العوض اذ لا قيمة لذلك العوض فيصار الى قيمة هذا
العوض وهو انتهى وكذا بيع قن ضم الى حر وذكية ضمت اليه ميتة
وان بين ثمن كل عند ابي ح لان الحر غير داخل في البيع اصلا وكذلك الميتة لان كل
واحد منهما ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر والميتة لان كل
واحد منهما ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول شرطا للبيع في العبد
والذكية وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة

وههنا بحث من وجوه ثلاثة مع جواب كل منهما في العناية ان شئت فراجع يقول
الفقير في قول المصنف وكذا البيع فيمن ضم الى حرة نظر بيقين الاسلوب بحيث قال بعد وذكية ضمت
اليه ميتة دون ان يقول وذكية ضمت الى ميتة او وميتة ضمت الى ذكية والسوق
يقتضيه نكتة لا تخفى على المتأمل وعندهما يصح البيع في العبد والذكية ان بين الثمن
اي ثمن كل لان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر والميتة
كون كل منهما ليس بمحل للبيع وهو مختص به فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية
واخته في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد والذكية مجهول
وصح البيع في قن ضم الى مدبر او الى قن غيره بالحصة اما في الصورة الاولى فلان
المدبر محل للبيع عند البعض حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فدخل ابتداء في العقد
ثم خرج منه باتصال الحرية به من وجه فصار جمع العبد معه في البيع بمنزلة بيع عبدين
استحق احدهما حيث يصح البيع في غير المستحق بالحصة فكذا فيما نحن فيه ولا يسري فساد
البيع في المدبر الى القن واما في الصورة الثانية فلان عبد الغير محل للبيع فدخل
في العقد ثم توقف على اجازة المالك ولزم في ملك نفسه بالحصة وقال زفر لا يجوز
لان المدبر ليس بمحل البيع اصلا وعبد الغير ليس بمحل البيع من جهته فصار كما لو
جمع بين حر وعبد وكذا في ملك ضم الى وقف يعني لو ضم الملك الى الوقف في البيع صح
في الملك في الصحيح لان الوقف مال متقوم قابل للبيع في الجملة ولهذا يضمن بالاتلاف
فدخل ابتداء في العقد ثم خرج منه فلا يسري الفساد منه الى الملك وقيل لا يصح كما في الحر
مع العبد لكن الصحيح هو الاول ثم اعلم ان هذا في غير المسجد واما في المسجد فلا يصح البيع
في الملك المضموم اليه فلهذا لا يصح بيع قرية لم يستثن منها المساجد والمقابر كذا
في حاشية مولانا اخي چلبي وبيع العرض بالخمر او بالعكس اي بيع الخمر بالعرض
يقول الفقير لو قال وبالعكس بالواو لكان اولى تدبر فاسد في العرض حتى يجب قيمته
عند القبض ويملكه هو بالقبض لا باطل لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
فان الخمر عند البعض مال واما البيع في الخمر فباطل حتى يملك عين الخمر بخلاف بيع الخمر
بالثمن فانه باطل بالكلية على ما بينا فيما سبق وكذا بيعه اي بيع العرض بالخنزير فاسد
في العرض باطل في الخنزير كما في الخمر يقول الفقير وبقي بيع الخنزير بالعرض والظاهر
انه كبيع الخمر بالعرض ليت شعري لم يذكره المص قال صاحب التسهيل وفسد لو قوبل
خمرا او خنزيرا او شعره بعين سواء بيعت به او بيع بها اذا امكن جعل العين مقصودا انتهى
وهو صريح فيما ذكرنا ولا يجوز بيع طير في الهواء قال صاحب العناية بيع الطير
على ثلاثة اقسام الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاد وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني
بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم والثالث
بيع الطير يجيء ويذهب كالحمام وهو ايضا لا يجوز في ظاهر الرواية وذكر في فتاوى
قاضيخان وان باع طيرا له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه
من غير تكلف يجوز والا فلا يقول الفقير الظاهر ان صاحب العناية جعل بيع الطير
المألوف الذي لا يجوز على ثلاثة اقسام والا فالاقسام اربعة الرابع بيع طير اخذه وهو
في يده فانه يجوز وهو ظاهر ولهذا لم يتعرض له ولا يجوز بيع سمك لم يصد لان بيعه قبل
الاصطياد بيع ما لا يملكه البائع فلا يجوز او صيد والقي في حظيرة لا يؤخذ منها
بلا حيلة او دخل اليها اي سيق الى الحظيرة بنفسه ولم يسد مدخله وان صيد
والقي فيها اي في الحظيرة وامكن اخذه بلا حيلة صح بيعه وحاصل المقام انه اذا
اصطاده واخذه ثم القاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان يكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ
منه الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت
صغيرة بحيث يمكن الاخذ منها بلا تكلف جاز لانه باع مقدور التسليم

في الصحيح

وانا اجتمعت فيها بنفسها ولم يسد عليها المدخل لا يجوز لعدم الملك ولو اجتمعت فيها
وسد صاحب الحظيرة عليها المدخل ملك ويجوز بيعه لكن قال صاحب الكافي وان
سد من منع دخول الماء فصار بحال لا يستطيع الخروج عنها لا يصح البيع عند بعض
المشايخ لانه لم يملكها لان هذا القدر ليس باحراز فصار كطير طار ودخل في بيت انسان
فسد الباب والكوة لا يصير محرزا بهذا القدر ما لم يأخذه وقال بعضهم يصح
البيع اذا امكن اخذه بلا تكلف لانه بما فعل صار اخذا له حكما فصار ملكا له كما لو
وقعت في شبكته وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد واما اذا هيأها
له ملكها بلا خلاف انتهى قال صاحب التسهيل وفي صدر الشريعة اعلم انه نظم كثيرا من المسائل
في سلك واحد وقال لم يجز لكن لم يبين ان البيع باطل او فاسد وانا ابين انشاء الله
ففي السمك الذي لم يصد ينبغي ان يكون البيع فيه باطلا اذا كان بالدراهم والدنانير
ويكون فاسدا اذا كان بالعرض لانه مال غير متقوم لان التقوم بالاحراز ولا احراز
اقول ينبغي ان يبطل لانه عقد مجيز له حال العقد اذ لا ملك لاحد فيه والبيع لا ينعقد
الا في الملك فلا ينعقد حيث لا ملك فيه لاحد فيبطل ثم قال واما السمك الذي صيد
والقي في حظيرة ينبغي ان يكون البيع فيه فاسدا لانه مال مملوك لكن في تسليمه عسر وبيع
الطير في الهواء ينبغي ان يكون كبيع الصيد قبل ان يصطاد وكابق وهو عند غير المشتري
فلو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لم يصح وهذا البيع فاسد لوجود المال المتقوم
الا انه لا قدرة على تسليم ولو كان عند المشتري فقال هو عندي واشتريه فباعه
يصح لوجود التسليم ثم انه لو كان عند المشتري على وجه الامانة بان اشهد انه اخذه
للرد احتاج الى تجديد القبض لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع واما اذا كان
على وجه الضمان ان لم يشهد فلم يحتج الى تجديد القبض انتهى ما في التسهيل وفيه بعض
التفصيل لكن اكتفينا به حذرا عن الاملال والتطويل ولا يجوز بيع الحمل والنتاج
لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبلة وحبل الحبلة الحبل بفتح الباء ما في البطن والنتاج
ما يحمل هذا الحبل وهو حبل الحبلة وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فابطل ذلك
صلى الله عليه وسلم بالنهي ولان فيه غررا وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر
وهو ما يطوي عنك علمه وخفي عليك عاقبته والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة
ولكن اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فسمي المحمول كما سمي الحمل
وحبل الحبلة بفتحتين فيهما بمعنى نتاج النتاج قال صاحب المغرب وفي الحديث نهى عن
حبل الحبلة والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى وهن حبالى فسمي المحمول كما سمي الحمل
وانما ادخلت عليه التاء للاشعار بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين
ان كان انثى ومن روى الحبلة بكسر الباء فقد اخطأ انتهى ولا يجوز بيع اللبن في الضرع
بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلاثة للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا يظن لبنا
والغرر منهي عنه وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه
بان يترك بعضه ولانه يزداد ساعة والبيع اثبتنا والزيادة تحدث عنده فيختلط المبيع
بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع
وكذا بيع اللؤلؤ في الصدف لانه كبيع الحمل والصوف على ظهر الغنم لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن ولانه قبل الجز ليس بمال
متقوم في نفسه خلافا لابي يوسف فيهما فانه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف لانه كبيع الحب
والصوف على ظهر الغنم وله الخيار اذا رآه لانه مملوك مقدور التسليم بلا ضرر فصار كما
لو اشتراه في حقه ويجوز ايضا بيع الصوف على ظهر الغنم لانه باع مالا منتفعا به مقدورا
التسليم فيجوز ولا يجوز بيع اللحم في الشاة لانه يحتمل ان يكون هزالا او سمينا فيفضي الى
النزاع وقال صاحب الاختيار لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر لا يستحق عليه انتهى

الظاهر ببيعه فلو انفلت فاصطاده [illegible]

ولا يجوز بيع ضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول
وجذع في سقف وذراع من ثوب وان ذكر قطعه يعني اذا باع جذعا في سقف او ذراعا
من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القطع او لم
يذكر اذ لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع في
تحقق المنازعة بخلاف ما لا يضره التبعيض كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من
كرباس فان بيعه جائز لانتفاء المانع قال صاحب الدرر وبهذا التقرير يندفع ما يقال
ان هذا الضرر مرضي به فينبغي ان لا يكون مفسدا ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز اصلا
للزوم الضرر والجهالة ايضا فيكون حاصله ان الذي ذكرنا من عدم جواز بيع جذع
من سقف فيما اذا كان الجذع معينا واما اذا لم يكن معينا فلا يجوز البيع لمعنيين
احدهما ما ذكرنا في الجذع المعين وهو انه لا يمكن تسليمه الا بضرر والثاني الجهالة لانه غير متعين
فان قلع الجذع او قطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره
ولو باع النوى في التمر او البذر في البطيخ لم يصح وان واخرج المبيع لان في
وجودهما احتمالا يعني هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في
سنبلها وامثاله بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه لكن هو جائز اجيب
بانه جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه مع ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت
في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد
اعمالا لتصحيح لفظه واما بذر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البذر
والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بذر ونوى وحب بل بطيخ وتمر وقطن
فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع كذا في العناية ولا يجوز بيع المزابنة
وهي بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ والاول بالثاء المثلثة المنقوطة بالثلاث والثاني بنقطتين
قال صاحب غاية البيان كذا وقع سماعنا اذا بفرغانة وبخارا وذلك لان ما على النخل قد
يكون رطبا وقد يكون تمرا فقلنا بالثلاث في الاول حتى يعمهما جميعا والغالب حال الجذ وان يكون
تمرا فقلنا بنقطتين فيه ولو رويا بالثلاث فيهما جميعا او بنقطتين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان
بيع المزابنة من الزبن وهو الدفع لا يجوز كيف ما كان لشبهة الربوا كان الرطب بالرطب او
التمر بالتمر او احدهما بالاخر يقول الفقير هذا كان هو بيع المزابنة بتقديم الباء على النون
لا عكسه كما هو المشهور بين صواتح العلماء قال صاحب المغرب في بيان لغة لفظ زبن الزبن
الدفع والمزابنة بيع التمر في رؤس النخل بالتمر كيلا من الزبن ايضا لانها تؤدي الى النزاع
والدفاع انتهى ما في المغرب وهكذا وقع في القاموس مثل كيله خرصا بفتح الخاء المعجمة
وسكون الراء والصاد المهملتين تقديرا ما على النخل وحاصله لا يجوز بيع التمر على النخل
بتمر مجذوذ مثل كيله اي مثل كيل ما على النخل ظنا وتقديرا لا حقيقيا لشبهة الربوا والمنهي عنه
واما لو كان مثل كيله حقيقيا لم يبق ما على الرأس ثمرا بل ثمرا مجذوذا كالذي يقابله من المجذوذ في
كذا في العناية وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد عليها وفي قدر
الخمسة قولان له انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهي ان يباع
بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قال صاحب المغرب العرية النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجا
اي يجعل له ثمرتها عامها وسميت عرية لانها عريت من التحريم او لانه لما وهب ثمرها فكأنه جردها
عن الثمرة انتهى وقلنا العرية العطية لغة وتأويله ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه رجلا
محتاجا ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى
نفسه خلف الوعد والرجوع عن الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص دفعا لضرره
عن نفسه وتفاديا عن الخلف بالوعد وهو عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له
ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا عنه بل هبة مبتدأة وانما سمي بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض عما يعطيه واتفق ان ذلك فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة

مقصورة عليها فنقل كما صنع وسكت عن السبب كذا فسره اهل الفقه والحديث والحمل على
هذا اولى كيلا يصير مخالفا للحديث المشهور وهو النهي بالتمر كيلا بكيل والمحاقلة وهي بيع البر
في سنبله ببر مثل كيله خرصا لنهيه صلى الله عليه وسلم عنها ايضا وهي بالقاف قال صاحب
المغرب المحاقلة بيع الطعام في سنبله وقيل اشتراء الزرع بالحنطة وقيل بيع الزرع قبل صلاحه
من الحقل وهو الزرع واحقل اذا طلع راسه ونبت وقيل المزارعة بالثلث والربع وغيرهما
وقيل كري الارض بالحنطة انتهى يقول الفقير ما هو المراد هنا لا يوافق ما ذكره من المعاني
الا معناها الثاني قال صاحب البداية بعد بيان معانيها وقيل بيع الطعام في سنبله بالبر
وهذا هو المعنى الثاني الذي ذكره صاحب المغرب لكن زيد عليه في الشرع قيد وهو مثل كيله خرصا
ولا يجوز البيع بالملامسة والمنابذة والقاء الحجر بان يتساوما سلعة فيلزم البيع
بلمسها المشتري وهذا بيع الملامسة او وضع عليها حجرا وهو البيع بالقاء الحجر او نبذها
اي السلعة اليه اي الى المشتري البايع وهذا البيع بالمنابذة يقول الفقير لو اخر قوله
او وضع عليها حجرا عن قوله او نبذها لكان النشر على ترتيب اللف لكنه جعل مشوشا
وهو من اقسام اللف والنشر لكنه يلزم لها نكتة فتدبر وهذه بيوع كانت في الجاهلية و
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الاولين والحق بهما الثالث بدلالة النص ولا يجوز
بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا بشرط ان يأخذه المشتري ايهما شاء وقد تقدم في باب
خيار الشرط ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد منه الكلأ وهو ما ليس له ساق
من الحشيش كذا روي عن محمد وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ قال صاحب العناية
وانما فسر المراعي بالكلأ لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلأ
وعلى مصدر رعى فلو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو
غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه الكلأ او لم يكن اما عدم جواز
بيع الكلأ غير المحرز فلانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه
وسلم الناس شركاء في الثلاث الماء والكلأ والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه
ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بضوء النار والاصطلاء بها والشرب من الماء
وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة في الاراضي المملوكة
والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان
لغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحشه وتدفعه الي او
تدعني اخذه كثوب لرجل وقع في دار انسان هذا اذا نبت بنفسه واما اذا انبته
صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل انه
يملكه وليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه فيجوز بيعه وذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة
في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ
فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة
على عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة
ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة
على الاجرة المنافع دون الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة
كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة الحضانة والظؤرة
ولم يذكر ان اجارة الكلأ وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى تملك
الاجرة بالقبض انتهى ما في العناية ولا يجوز بيع النحل بلا كوارات جمع كوارة
وهي بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل اذا سوي من الطين كذا في المغرب خلافا لمحمد
يعني قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجوز بيع النحل وقال محمد يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا
وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه شرعا لعدم ما يمنع
عنه شرعا وهو كل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول لا يمنعه كالبغل والحمار

ولما انه من الهوام فلا يجوز بيعه والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه وما يخرج منه معدوم في
الحال فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز
تبعاً له كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال العبد ورحمه في شرحه لهذا المختصر اما اذا باع الكل
مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع
كالشرب والطريق كذا في العناية ولا يجوز بيع دود القز وبيضه وهو البذر الذي
يكون منه القز عند ابي حنيفة لان الدود من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث
وهو معدوم في الحال وعند ابي يوسف يجوز البيع في الدود اذا كان مع القز
يعني اذا ظهر منه القز يجوز تبعاً له كبيع النحل مع العسل وفي البيض عن ابي يوسف
قولان في قول يجوز بيع بيضه مطلقاً لمكان الضرورة وهو مع محمد فيه وفي قول
لا يجوز مع ابي حنيفة فيه وعند محمد يجوز بيعهما مطلقاً اي يجوز دود القز عنده
سواء كان مع القز او بدونه وكذا يجوز بيع بيضه اعتباراً للعادة لانه يتولد منه
ما هو منتفع به فيصح بيعه كبذر البطيخ وهو المختار وعليه الفتوى ولا يجوز
بيع الآبق لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا ممن يزعم انه عنده
لان المنهي عنه بيع الآبق مطلقاً وهو ان يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق
المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع وفي العناية
فهذا المحل تفصيل وهو انا لا ننقلنا مثله فيما تقدم فان عاد فبيع قبل الفسخ لا ينقلب
صحيحاً وهو ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ لانه وقع باطلاً لانعدام المحلية فلا ينقلب
صحيحاً كبيع الطير في الهواء ثم اخذه وتسليمه وعورض بان الاعتاق يجوز ولو كان
المحل لما جاز اجيب بان الاعتاق ابطال الملك والاباق لا ينافيه بخلاف البيع
فانه اثبات الملك والاباق ينافيه وقيل ينقلب صحيحاً وهذه رواية عن ابي حنيفة
لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع وهو العجز عن التسليم وقد ارتفع فتحقق
المقتضي وانتفى المانع فانقلب صحيحاً وصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد
وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا واما اذا رفع المشتري الى القاضي فطلب منه التسليم
وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد رواية واحدة
ولا يجوز بيع لبن امرأة سواء كانت حرة او امة ولو بعد الحلب وقال الشافعي يجوز اذا
حلب وجعل في قدح لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر
احترازاً عن الخمر فانها ليست بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشافعي اثبت حرمة الرضاع
لمعنى البعضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه لان الآدمي بجميع اجزائه مكرم
مصون عن الابتذال وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي لكان
مضموناً بالاتلاف كبقية اجزاء الآدمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء لا تضمن بالاتلاف
بل المضمون ما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل بلا اثر سقط الضمان
وكذا السن اذا نبتت والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروباً مطلقاً
او في حالة الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه
غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل
على كونه مالاً كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه ولا فرق
في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة وعن هذا قال
وعند ابي يوسف يصح في لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها
اعتباراً للجزء بالكل والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق وهو لا يجوز وبيانه
ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه
لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو الحي ولا حياة في اللبن فلا يرد عليه
الرق ولا العتق لامتناع المحل ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له

وعليه

وعليه الاجماع ولكن يباح الانتفاع به للخرز بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة
وبعدها زاي معجمة بالفارسية دوختن ضرورة فان الاساكفة يحتاجون في خرز النعال
والاخفاف اليه لانه لا يتأتى الا به فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه
اجيب بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا لم يوجد الا بالبيع
جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون
شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ويفسد شعر الخنزير الماء القليل عند ابي
يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال فيما لا بد له منه وحالة
الوقوع تغايرها لا عند محمد لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته ووقوع الطاهر
في الماء لا ينجسه ولا يجوز بيع شعر الآدمي والانتفاع به ولا بشيء من اجزائه لان الآدمي
مكرم مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهاناً مبتذلاً وقد قال النبي
صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة والنامصة والمتنمصة
والواشمة والمستوشمة قيل الواصلة التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة
المعمول بها والنامصة التي تنتف الحاجب حتى ترقه والمتنمصة المعمول بها والواشمة التي
تغرز الابرة على وجه النساء وتكحل او مداد والمستوشمة المعمول بها وعن محمد انه يجوز الانتفاع
بها استدلالاً بما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا
يتبركون به ولو لم يجز الانتفاع به لما فعل ولا بأس باتخاذ القرامل وهو ما يتخذ
من الوبر في اصول شعر النساء ليزيد في اصول شعرهن بالتكثير وقد يعبر بالتطويل
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل الدباغ لانها غير منتفع بها لنجاستها قال صلى الله عليه
وسلم لا تنتفعوا من الميتة باهاب واسم الاهاب لغير المدبوغ كذا روي عن الخليل فان قيل نجاستها
مجاورة باتصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها
خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله
صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن اين البطلان فالجواب
انه نهي عن الافعال الحسية والتفصيل في الاصول قال مولانا الفاضل سعدي افندي
وفيه بحث يقول الفقير وجه البحث والله اعلم انه نهي عن الانتفاع وكون الانتفاع
من الامور الحسية غير مسلم تدبر ويجوز بيعها بعده اي بعد الدباغ وينتفع بها لانها
تطهر بعد الدباغ وقد تقدم في كتاب الطهارة يقول الفقير الظاهر وينتفع
بها لان الظاهر انه راجع الى جلود الميتة تدبر ويباع عظمها اي عظم الميتة وينتفع به
اي بعظمها وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها وهو بفتحتين للجمل
بمنزلة الصوف للغنم لانها طاهرة لا تحلها الموت لعدم الحيوة وقد تقدم في كتاب
الطهارة ايضاً وكذا عظم الفيل عند محمد ابي حنيفة وابي يوسف لانه عندهما
بمنزلة السباع فيباع عظمه وينتفع به لانه ينتفع بالركوب والحمل وغيرهما فلم يكن نجس
العين بل كان كالكلب وسائر السباع خلافاً لمحمد فانه نجس العين عنده كالخنزير
فاذا دبغ جلده لم يطهر عنده قال صاحب البيانية نقول قام الدليل القطعي على نجاسة
عين الخنزير فكان نجس العين ولم يوجد مثل ذلك في الفيل فمن ادعى قيام الدليل على نجاسة
عينه فعليه البيان ولا يجوز بيع علو سقط لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه
والمال هو المحل للبيع فان قيل يرد عليكم بيع الشرب لان حق التعلي لم يجز بيعه فينبغي ان لا يجوز
بيع الشرب ايضاً لانه حق الارض ومع هذا يجوز بيع الشرب مع الارض وهذه رواية
جميع الكتب ويجوز بيع الشرب وحده في غير ظاهر الرواية واليه ذهب مشايخ بلخ قلت
لا نسلم لان الشرب لا يشبه حق التعلي لانه عبارة عن نصيب من الماء وهو عين مال والدليل على انه
ان من سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن لان ذلك متقوم وحق التعلي ليس بمتقوم وانما لم يجز
بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس بمال وليس كذلك اذا بيع مع الارض

لانه يسقط اعتبار الجهالة تبعاً للارض ثم جواز بيع الشرب مع الارض باتفاق
الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض واما اذا باع الارض مع شرب ارض اخرى
اختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يجوز كذا في البيانية ولا يجوز بيع المسيل
ولا هبته لانه مجهول اذ لا يدرى قدر ما يشغله من الماء قال صاحب العناية وبيع رقبة
المسيل وهبتها اذا لم يبين الطول والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدرى قدر ما
يشغله من الماء واذا بين حده وموضعه فان بيعه جائز ذكره قاضيخان
وصحا اى البيع والهبة في الطريق سواء كان بين حده او لا اما الاول فظاهر لانه
معلوم واما الثاني فلانه يقدر بعرض باب الدار العظمى وهو شاهد محسوس لا يقبل
النزاع قال صاحب الدرر وفي التاتارخانية الطريق ثلاثة طريق الى الطريق الاعظم
وطريق الى سكة غير نافذة وطريق خاص في ملك انسان فالطريق الخاص في ملك انسان
لا يدخل في البيع من غير ذكره اما نصاً او بذكر الحقوق او المرافق والطريقان الآخران يدخلان
في البيع من غير ذكر وصح بيع حق المرور تبعاً للارض بالاجماع ووحده في رواية وهي
رواية ابن سماعة وفي روايات الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث بانه حق من الحقوق
وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز ولا يصح بيع حق التسييل وهبته لانه ان كان على
السطح كان حق التعلي وقد مر انه يبطل وان كان على الارض كان مجهولاً لجهالة
محله ووجه الفرق بين حق المرور على احدى الروايتين وبين حق التعلي يتعلق بعين لا
تبقى وهو البناء فاشبه المنافع وحق المرور يتعلق بعين تبقى وهي الارض فاشبه الاعيان
كذا في الهداية والعناية ولا يجوز بيع مخض على انه امة فاذا هو عبد ولو باع
بطنه كبشاً فاذا هو نعجة صح وخير والاصل مر في النكاح ان الاشارة والتسمية اذا
اجتمعتا فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين مختلفين تعلق العقد بالمسمى وبطل
كما لو اشترى فصاً على انه ياقوت فاذا هو زجاج وان كان المشار اليه من
جنس المسمى ولكنه فارق بوصفه تعلق العقد بالمشار اليه والعقد لوجوده
وخير لفوات الوصف كشراء عبد على انه خباز فاذا هو كاتب وانما يعرف ذلك
بالنظر في معاني الذوات لان قوام الاشياء بمعانيها فان كان بينها مفارقة في المعاني
المطلوبة يسمى اختلاف وصف والا يسمى اختلاف جنس ثم الذكر والانثى من بني
آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد والمعاني المطلوبة فالمبتغى
من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاماء الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس
والاستفراش والاستيلاد وفي الحيوانات جنس واحد لتقارب المقاصد والمعاني
المطلوبة فالمبتغى منه اللحم والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف
الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد
اصلهما لعظم التفاوت ولا يجوز شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
اى قبل نقد الثمن الاول صورتها باع جارية بالف حالة او نسيئة فقبضها المشتري ثم اشتراها
البائع من المشتري قبل نقد المشتري الثمن الاول بخمسمائة فالبيع الثاني فاسد خلافاً
للشافعي هو يقول الملك قد تم بالقبض فالتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه
كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض وقيمته اقل من الالف
وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من المشتري الاول بلا واسطة او بواسطة
شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلقاً سواء اشتراه بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض
والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره فالثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف
فيه فالشافعي جوزه قياساً على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضاً
بالاتفاق ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول اما الاول فما قال محمد حدثنا ابو حنيفة رحمه الله
يرفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأة سألت اياها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم

جارية

جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة
ان امرأة سألت اياها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم بئسما شريت وبئسما اشتريت
ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب
فاتاها زيد بن ارقم معتذراً فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف
فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد والحاق هذا الوعيد بمثل هذا الصنيع
لا يهتدى اليه العقل اذ شيء من المعاصي دون الكفر لا يبطل شيئاً من الطاعات الا ان يثبت
شيء من ذلك بالوحي فدل ان عائشة قالته سماعاً من جانب مهبط الوحي صلوات الله عليه وسلامه
لا يقال انما الحقت الوعيد به للاجل الى العطاء وهو اجل مجهول لانها كانت تجيز البيع الى
العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه وانما ذمت البيع الاول وان كان جائزاً عندها
لانه صار ذريعة الى البيع الثاني الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما تقول بئس الذي
في الفساد فان قيل يحتمل انها ذمت البيع الاول الفاسد لجهالة الاجل وانها رجعت عن
تجويز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض اذ القبض لم يذكر في
الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربو وتلاوتها آية الربا
دليل على انه للربا لا لعدم القبض واما الثاني وهو المعقول فهو ان الثمن لم يدخل في ضمان
البائع قبل القبض فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن
قصاصاً ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص
بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن او اكثر لان الربح ثمة حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه
وبخلاف ما اذا اشتراه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا
تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان يجعل في
مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير
قيمتها اقل من الثمن الاول فانه يجوز قياساً وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين
الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت
فيه شبهة الربح ولو اشتراه من لا يصح شهادته له كولده ووالده وزوجته وعبده ومكاتبه
فهو كشرى البائع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لتباين
الاملاك بخلاف المملوك لان كسب العبد لمالكه وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان
تصرفهما كتصرفه ولابي حنيفة رحمه الله ان شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال
منافع الاملاك بينهم ونظير الخلاف في الوكيل بالبيع اذا عقد مع هؤلاء كذا في العناية
والكافي يقول الفقير ينبغي ان يفرق في بيع هؤلاء بين ما اذا كان الولد والوالد
في عياله وبين ما اذا لم يكونوا لانهم فرقوا في مثل هذه المواضع مراراً كثيرة وكذا
شراء اى شراء ما باع مع غيره بثمنه الاول قبل نقده ويصح في الغير بحصته صورتها
ما باع جارية بخمسمائة وقبضها المشتري ثم باعها المشتري وجارية اخرى معها من البائع
بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فالبيع فاسد في التي اشتراها من البائع وصحيح في
التي لم يشترها منه بحصتها لانه لابد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون
البائع مشترياً للجارية التي باعها باقل مما باع وهو فاسد ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها
ولا يشيع الفساد لانه باعتبار شبهة الربا فلو اعتبرت فيما ضمت اليها كان اعتباراً
لشبهة الشبهة وهي غير معتبرة وهنا سؤال وجواب في العناية ان شئت فراجعه
ولا يجوز شراء زيت على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه اى عن الزيت لكل ظرف مقدار
معين لانه شرط لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد
وعسى يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين يخالف لمقتضى العقد
يقول الفقير صاحب الدرر لا يخلو عن مسامحة بحيث التركيب العربي فان لفظ يزنه
على صيغة المعلوم يقتضي ان يكون يطرح على صيغة المعلوم ليتلائم

واذا كان يطرح على صيغة المعلوم يكون قوله مقدار معين مفعوله لكن لا يساعده رسم الخط
ولو قرئ يطرح على صيغة المجهول يفوت الملايمة مع قوله بوزنه وان لم يخل عن استقامة
المعنى ووقع في سائر الكتب في بعضها على صيغة المجهول في الموضعين وفي بعضها على
صيغة المعلوم في الموضعين ومقدارا منصوبا مفعول يطرح تتبع وان شرط طرح مثل
وزن الظرف يصح لكون هذا الشرط موافقا لمقتضى العقد وان اختلف البايع و
المشتري في الظرف وقدره يعني اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة
ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول للمشتري لانه هنا الاختلاف
اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض ومقدار السمن فان كان الاول فالمشتري قابض والقول
قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كما فيما نحن فيه وان كان الثاني فهو في الحقيقة
اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه
فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف كما سيأتي ان شاء الله في الدعوى فما وجه العدول
الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصديا وهنا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف
في الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف لان
ان كل واحد منها مدع عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب
الاختلاف في العقد فلا يوجب التحالف كذا في العناية ولو امر مسلم ذميا ببيع خمر
او خنزير او شرائها او شراء الخنزير صح خلافا لهما لان الموكل لا يلي هذا التصرف
فلا يوليه غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل
فكانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل وقال ابو حنيفة المعتبر في هذا
الباب اهليتان اهلية الوكيل وهي اهلية التصرف في المامور به وللذمي ذلك واهلية
الموكل وهي اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم
عن اللازم الا يرى انه صح ثبوت ملك الخمر والخنزير للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني
ومات عن خمر او خنزير وايضا العبد الماذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك
فيها لمولاه المسلم اتفاقا فاذا ثبت الاهليتان لم يمنع العقد بسبب الاسلام لانه
جالب لا سالب وحاصل دليله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال
الملك الى الامر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما وفي صورة شراء الخمر
بتوكيل الذمي حلال للموكل وفي الخنزير سيبه وقد قالوا هذا التوكيل من جانب المسلم
مكروه اشد كراهة وكذا على هذا الخلاف لو امر المحرم غيره ببيع صيده يجوز عنده
خلافا لهما ولو شرى كافر عبدا مسلما او مصحفا صح ويجبر على اخراجهما من ملكه
وقال الشافعي لا يجوز لان في جوازه اذلالا لهما من جهة تمليكهما للكافر ولهذا لم يجز
نكاح الكافر المسلمة ولنا ان البيع صدر من اهله مضافا الى المحل فيجب العقد
لكنه يجبر على الاخراج عن ملكه دفعا للاذلال المذكور كالمحرم اذا اخذ صيدا يملكه ويؤمر
بارساله قيد بالشراء لان الكافر لو استأجر مسلما للخدمة جاز اتفاقا لانه ياخذ
الاجرة فيكون عاملا لنفسه معنى ولكن يكره لان فيه استهانة صورة كذا في شرح مجمع
البحرين والبيع بشرط يقتضيه العقد صحيح كشرط الملك للمشتري لثبوته بدون
الشرط بمطلق العقد فلا يزيد الشرط الا تاكيدا وكذا بشرط لا يقتضيه العقد ولا
نفع فيه لاحد من المتعاقدين والمعقود عليه كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة فانها
ليست باهل للنفع فيصح العقد ويبطل الشرط وهو الظاهر من المذهب لانه
لا مطالب لهذا الشرط فلا يؤدي الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا
وفي رواية عن ابي يوسف انه يفسد البيع به ولو كان البيع بشرط لا يقتضيه العقد
وفيه نفع لاحد العاقدين البايع او المشتري او للمبيع يستحق النفع بان يكون ادميا
فهو اي هذا البيع فاسد كبيع عبد هذا الى قوله او امة مثال شرط ينفع المبيع

على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة مجرور معطوف على قوله عبد على ان يستولدها
المشتري فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق عاد البيع صحيحا فيلزم على المشتري
الثمن عند ابي حنيفة وعندهما لا يعود صحيحا فيلزم على المشتري القيمة لان البيع قد وقع
فاسدا ابتداء فلا ينقلب جائزا فيلزم القيمة كما اذا تلف بوجه آخر غير وجه الاعتاق
ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد لان قضية الاطلاق في التصرف لكن
من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر فيلايمه ولهذا لا يمنع العتق
والرجوع بنقصان العيب واذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملايمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق
تحققت الملايمة فيترجح جانب الجواز وكان الحال قبل ذلك موقوفا بين بقائه فاسدا وبين
انقلابه الى الجواز بالاعتاق فلما وجد الاعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب صحيحا بخلاف
التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع
المدبر وام الولد والمكاتب مخير في الاجازة او لانها انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال الملك
المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق وكشرط ان يستخدمه اي العبد البايع شهرا او يسكنها
اي الدار او لا يسلم الى راس الشهر متعلق بيسكنها ولا يسلم على طريق التنازع او يقرضه
المشتري درهما او يهدي له هدية هذه امثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع
او كشرط ان يقطع البايع الثوب ويخيطه قباء او قميصا او يحذو النعل يعني لو اشترى
جلدا على ان يحذوه البايع نعلا للمشتري يقال حذا النعل حذوا اي عملها او يشركه
من التفعيل يقال شرك النعل بالتشديد وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم
والسير بفتح السين المهملة وسكون الياء الشراك من تحت الذي يقد من الجلد كذا في القاموس
والمعنى نعلا على ان يشركه البايع هذه امثلة شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري
والحاصل ان البيع بشرط يقتضيه العقد وبشرط لا يقتضيه ولا نفع فيه لاحد صحيح والبيع بشرط
لا يقتضيه العقد وفيه نفع للبايع او للمشتري او للمبيع وهو يستحق فاسد كذا في
الهداية وشروحها ان شئت فطالعها ويصح في النعل استحسانا يعني يصح البيع على ان
يحذو نعلا او يشركه استحسانا للتعامل فيه والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر ولا
يجوز بيع امة الا حملها لما تقرر ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد
والحمل كذلك لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يفسد به ولا يجوز البيع الى النيروز
وهو معرب نوروز وهو اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان وهو الخريف وصوم
النصارى وفطر اليهود ان لم يعلم العاقدان مقدار ذلك المذكور من النيروز والمهرجان وصوم
النصارى وفطر اليهود لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة ان الجادة
في النقصان والزيادة والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فتكون الجهالة مفضية
الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كان يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون
فلا جهالة قال صاحب جامع الفتاوى في شرح الكنز المسمى بمسكين وانما خص صوم النصارى
وفطر اليهود لجهالتهما وبيانه ان النصارى يبتدئون الصوم من النيروز يصومون خمسين يوما
ثم يعيدون والنيروز غير معلوم لا بظن ومما رسة بعلم النجوم فربما تخطأ وربما يصاب وانما
اذا دخل صومهم فيوم فطرهم معلوم وان اليهود يصومون شهر رمضان كله ولا يفطرون يوم العيد
ويتبعون صيامهم من شوال الى تمام خمسين يوما ثم يعيدون فبعد دخول صومهم لا يعلم يوم فطرهم
لانه يختلف باختلاف عدة رمضان فيحتمل ان يكون الحادي والعشرين من شوال والعشرين
يقول الفقير ولم اجد ما قاله في الكتب التي عندنا وهو غريب على عشرين كما عزاه ولنا
اولا امرانه لو كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز ولا يجوز البيع الى الحصاد
بفتح الحاء المهملة وكسرها قطع الزرع والدياس بكسر الدال المهملة ان يوطا الطعام بقوائم الدواب

والقطاف بكسر القاف والفتح لغة فيه قطع العنب والجزاز بكسر الجيم وبفتحها قطع ثمر النخل والصوف وانما البيع الى هذه المذكورات لانها تتقدم وتتأخر وقدوم الحاج لانه يتأخر ويتقدم ايضا وتصح الكفالة الى هذه الاوقات لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا يرى انها تتحمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة في ان مثل هذه الجهالة يمنع جواز البيع فعائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم و التأخر لكون جهالته يسيرة وهو مذهب علي رضي الله عنه ايضا كما تقدم وان اسقط الاجل قبل حلوله صح يعني لو باع الى هذه الآجال ثم اسقط الرجل قبل ان تتحقق هذه الاوقات صح البيع وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما سقط الاجل في النكاح الى اجل قلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط فاذا ارتفع الدرهم المفسد قبل تقرر الفساد فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا ينقلب بعد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجيب بان هذه الجهالة في شرط جائز وهو الاجل لا في صلب العقد وكذا لو باع مطلقا ثم اجل الى هذه الاوقات فانه يصح لكونه تأجيل الدين ومثل هذه الجهالة متحملة فيه كالكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ومن باع نصيبه من دار يجوز البيع ان علمه ان النصيب منها المتعاقدان اذ الجهالة هي المانعة من الجواز خلافا لابي يوسف فانه يجيزه مطلقا علما او لا لانهما رضيا بالجهالة فلا تفضي الى النزاع ويكفي علم المشتري فقط عند محمد لان جهالة المبيع تضره لا البائع مع ان جهل البائع غير مانع الا يرى ان بيع مال ارثه يجوز بلا ثبوت الخيار له بخلاف المشتري فكذا هنا يصح اذا علم المشتري وان جهل البائع

فصل

لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقبهما لان حكم الشيء اثره واثر الشيء يتبعه وجودا فكذا يتبعه ذكرا طلبا للمناسبة قبض المشتري المبيع بيعا باطلا باذن بائعه لا يملكه لان الباطل لا يترتب عليه الحكم بخلاف الفاسد يقول الفقير ثم ان قوله قبض لو قرئ على لفظ الفعل المبني للفاعل يلزم ان يكون حرف الشرط محذوفا تقديره لو قبض ويكون قوله لا يملكه جوابه والاحسن ان يقرأ مصدرا مرفوعا على الابتداء مضافا الى المشتري ويكون قوله لا يملكه على صيغة المبني للفاعل من التفعيل خبره والضمير البارز راجع الى المشتري وفاعل المستكن فيه راجعا الى القبض تدبر وهو اي المبيع امانة في يده عند البعض وهو الشيخ ابو نصر احمد بن علي لان العقد اذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك وهو لا يوجب الضمان الا بالتعدي ومضمون عند البعض وهو قول ابي سعيد البردعي واليه مال شمس الائمة السرخسي حيث قال يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهو ما يأخذه المشتري ليريه بعد بيان الثمن حتى لو لم يبين البائع الثمن وقال اذهب بهذا ان رضيته اشتريته فذهب به وهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث قيل وعليه الفتوى وقيل الاول اي كونه امانة قول الامام الاعظم رضي الله عنه والثاني اي كونه مضمونا بالقيمة قولهما اي قول الامامين اخذا اي اخذ صاحب القيل كون الاول قول الامام والثاني قولهما اخذا من الاختلاف فيما لو بيع مدبر او ام ولد فمات في يد مشتريه حيث لا يضمن عنده خلافا لهما وحاصله ان الاختلاف بين الامام الاعظم والامامين وقع صريحا فيما لو بيع مدبر او ام ولد وصاحب القيل اخذ من اختلافهما فيهما اختلافهما في مطلق البيع الباطل فقال الاول قول الامام والثاني قولهما ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بائعه صريحا او دلالة كقبضه في مجلس عقده مع عدم نهيه عن القبض وكل من عوضيه مال قال صدر الشريعة فان قيل كلامنا في البيع الفاسد فيكون كل من العوضين مالا البتة اذ لو لم يكن لكان البيع باطلا

قلنا

قلنا قد يذكر الفاسد ويراد به الباطل فلهذا قال وكل من العوضين مال احتياطا حتى لو شمل الفاسد الباطل يكون هذا القيد مخرجا اياه من هذا الحكم وهو ان يصير ملكا على انه قد يكون البيع فاسدا مع انه لا يكون كل من عوضيه مالا كما اذا باع وسكت عن الثمن فالبيع فاسد عندهما حتى يملك بالقبض ويجب الثمن وهو القيمة وقال صاحب الاصلاح والايضاح ولا حاجة الى شرط المالية في العوضين لعدم الحاجة اليه لان فساد البيع لا يوجد بدون الشرط المذكور لا يقال انه يوجد بدونه كما اذا باع وسكت عن ذكر الثمن لان احد العوضين ح القيمة وهي مذكورة حكما صرح به في الذخيرة على ان الشرط وجود المالية في العوضين لا ذكرهما يقول الفقير جواب صدر الشريعة لا يتمشى فيما شرحناه لان المصنف بين اولا حكم البيع الباطل ثم شرع في بيان حكم البيع الفاسد فلا يتبادر الى فهم ما ان المراد بالفاسد هو الباطل او اعم فلا حاجة الى قوله وكل من عوضيه مال ولقد احسن صاحب الدرر لله دره في اسقاط هذا القيد حيث قال وحكمه ان المشتري اذا قبض المبيع برضا بائعه صريحا او دلالة يملكه ملكا خبيثا جواب القبض وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا اذ من ضرورة كونه مشروعا ان يكون حسنا ولهذا لا يفيده قبل القبض وبالقبض يزداد الفساد والحرمة فانى يثبت له الملك فصار كالبيع بالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله لان اهل الشيء من يكون قادرا عليه وهو قادر عليه ووقع في محله اذ الكلام فيه وركنه مبادلة المال بالمال وهو حاصل فوجب القول بانعقاده والنهي عن الافعال الشرعية يقتضي تقرر المشروعية لا نسخها لانه يقتضي تصور المنهي عنه اذ النهي عما لا يتصور لغو قال صاحب الدرر وتحقيقه ما ذكرته في مرقاة الاصول ان مدار الامر والنهي المقدورية فالنهي عن الافعال الحسية يقتضي كونها مقدورة حسا وعن الامور العقلية يقتضي كونها مقدورة عقلا وعن الافعال الشرعية يقتضي كونها مقدورة شرعا والا لكان عبثا محضا فان الطيران من الامور المحسوسة فاذا قلت لشخص لا تطر ينكره كل من يسمعه لانتفاء القدرة على الطيران وكذا اذا قلت للاعمى لا تبصر والبيع من الافعال الشرعية فاذا نهي عنه وجب ان يكون مقدورا شرعا وهو المعني من قول علماء الاصول النهي عن الفعل الشرعي يقتضي المشروعية باصله فان الاول ناظر الى المقدورية شرعا والثاني الى النهي فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك وانما المحظور لامر عارض وعدم ثبوت الملك قبل القبض حذرا عن تقرر الفساد المجاور لانه واجب الدفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى لان الدفع اسهل من الرفع اذا تقرر هذا فاعلم ان ثبوت الملك بالقبض لكونه مشروعا باصله وعدم ثبوته قبل القبض لكونه غير مشروع بوصفه اعمالا لكل منهما ولزمه اي المشتري هلاكه اي وقت هلاك المبيع في يد المشتري مثله حقيقة وهو الذي يماثله صورة ومعنى ان كان الهالك مثليا لانه مضمون بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر او مثله معنى كالقيمة في القيمي يعني ان كان الهالك قيميا ويعتبر قيمته يوم القبض وان زادت قيمته في يده فاتلفه لانه دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالمغصوب وقال محمد قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه قيمته فيعتبر قيمته يوم اتلفه ولكل منهما اي لكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل القبض دفعا للفساد لانه لما يفسد العقد حكم كان الفسخ امتناعا عنه ولكنه يتوقف على حضور الآخر لانه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه قال صاحب الدرر في متنه وعلى كل منهما فسخه ثم قال في شرحه لم يقل لكل منهما اشارة الى وجوب الفسخ واللام تفيد الجواز وقال مولانا الواني واما فيه لصاحب الذخيرة وصاحب التجريد وقولهما صاحب الهداية ولكل واحد من المتعاقدين فسخه باللام فان بيان مرتبة الجواز كاف في المقام لان المقام مقام الفرق بين البيع الصحيح والفاسد فكانهم قالوا يجوز الفسخ في الفاسد كما لا يجوز في الصحيح

وكل منهما فسخه بعده اى بعد القبض ما دام المبيع فى ملك المشترى اذا كان الفساد
فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين لقوة الفساد فيجب اعدامه حقا للشرع
وان كان الفساد بشرط زائد كشرط ان يهدى له هدية مثلا فكذا قبل القبض
اى لكل من المتعاقدين الفسخ واما بعده اى بعد القبض فالفسخ لمن له الشرط لا لمن عليه
يعنى من له منفعة فى الشرط يصح فسخه بحضرة صاحبه وان لم يقبله الآخر لان منفعة
الشرط اذا كانت عائدة اليه كان فسخه صحيحا وان كان الفسخ ممن ليس له منفعة
فى الشرط فلا يصح الا بقبول الآخر لانه كان ابطل حق من له الشرط وهذا
عند محمد وقالا لكل من العاقدين الفسخ لانه حق الشرع لان المتعاقدين فانهما
راضيا بالعقد كذا فى الكافى و صاحب العناية قال وهذا عند محمد وقالا لكل من
العاقدين الفسخ لانه حق الشرع ونسبه الى الكافى يقول الفقير لا يخفى ما فى تحريره
من الركاكة لانه قال له بعده ما دام فى ملك المشترى اذا كان الفساد فى صلب العقد وان كان
بشرط زائد فكذا قبل القبض واما بعده فالفسخ لمن له الشرط لا لمن عليه انتهى ولانه
خبر بان كلامه فيما بعد القبض وحكم ما قبل القبض مر آنفا فلا وجه لقوله فكذا قبل القبض
فتقريره لا يخلو عن ركاكة البتة وايضا ليت شعرى لم لم يبينوا ان كون الفسخ لمن له الشرط
لا لمن عليه قول لمحمد فقط وبينوه فى صورة الاتفاق مع ان دأب المصنفين انما ذكر
الاختلاف بين الائمة واما اختيار قول ابى حنيفة غير معترضين لقول غيره لانه يتبين مذهبنا
ان كانت المسئلة مختلفا فيها ودأبهم ان كانت المسئلة متفقا عليها ظاهر واما ان
قول محمد او قول ابى يوسف ان كانت فى المسئلة اختلاف وذكرها فى صورة الاتفاق فليس من
دأبهم تتبع ولا يأخذه اى المبيع البايع بعد الفسخ حتى يرد ثمنه الى المشترى لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن فان مات البايع فالمشترى احق به اى بالمبيع
حتى يأخذ ثمنه لانه يقدم على البايع فى حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد موته كالمرتهن
ثم ان كانت دراهم والثمن باقية يأخذ بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد فى الاصح
وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لانها مثلية وطاب للبايع ربح ثمنه بعد التقابض
لا للمشترى ربح مبيعه فيتصدق المشترى به اى بالربح صورتها اشترى جارية بيعا فاسدا
وتقابضا فباعها المشترى وربح فيها وربح البايع فى الثمن يطيب للبايع ما ربح
فى الثمن ولا يطيب للمشترى ما ربح فيها قال صاحب الهداية والفرق ان الجارية بما
يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث فى ربحها والدراهم والدنانير لا تتعينان
فى العقود فلم يتعلق العقد بها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق و قال صدر الشريعة
فان قيل ذكر فى الهداية فى المسئلة السابقة فيما اذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها
المشترى بعينها لانها تتعين فى البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب
فهذا يناقض ما قلتم من عدم تعين الدراهم والدنانير قلنا يمكن التوفيق بينهما
بان لهذا العقد شبهين شبه الغصب وشبه البيع فاذا كانت قائمة اعتبر شبه
الغصب سعيا فى رفع العقد الفاسد واذا لم تكن قائمة فاشترى بها شيئا يعتبر
شبه البيع حتى لا يسرى الفساد الى البدل لما ذكرنا من شبهة الشبهة و قال صاحب الدرر
اقول لا يخفى على المتأمل المنصف ان ما ذكره صدر الشريعة لا يفيد التوفيق
بين كلامى الهداية وانما يفيد دليلا للمسئلة لا يرد عليه ما يرد على الهداية فالوجه ما
قال صاحب العناية انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهى انها لا تتعين لا على الاصح
وهو ما مر انها تتعين فى البيع الفاسد يقول الفقير كلام صدر الشريعة يفيد دفع التناقض لان حاصل
التناقض ان صاحب الهداية قال فيما سبق الثمن فى البيع الفاسد يتعين بالتعيين وفى هذه المسئلة لا يتعين
وحاصل الدفع ان التعين بالتعيين فى حالة قيام الثمن وعدم التعين فى حالة عدمه ولا يتحقق التناقض الا
اذا اتحد الجهتان لما تقرر فى الميزان ان التناقض لا يتحقق الا بعد الاتفاق فى الوحدات الثمانية فتأمل

ثم اعلم

ثم اعلم ان الخبث فى المال نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد الملك والمال
ايضا نوعان ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل فى النوعين
كالمودع والغاصب اذا تصرفا فى العرض والنقد وربحا تصدقا بالربح لتعلق العقد
بما له ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة وفيما لا يتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به
من حيث يكون سلامة المبيع به او تقدير الثمن به وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما
ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها فان كان الاول تعلق به سلامة
المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثانى فقد تعلق العقد به من حيث تقدير الثمن فالربح
فى الاول لحصل بملك الغير من كل وجه وفى الثانى صار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن
فيه شبهة الخبث واما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك
دون عدم الملك وتنقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هنا فتعتبر وشبهة الخبث
فيما لا يتعين ثم تنقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر كذا فى العناية كما طاب ربح مال ادعاه
فقضى له ثم تصادقا ان المدعى والمدعى عليه على عدمه اى عدم المال المدعى فوقه المال بعد ما ربح فيه المدعى
صورتها ادعى على رجل مالا فقضاه وربح منه المدعى ثم تصادقا على ان هذا المال لم يكن على المدعى
عليه فالربح طيب لا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين ثبت بدعوى
المدعى واداء المدعى عليه فملك المدعى ما قبضه بدلا عن الدين فكان تصرفه فى البدل لفساد
للملك لكن بتصادقهما انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك طاب له
ربحه لانه ملك المقبوض ملكا فاسدا لوجوب رده عليه فتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح
من دراهم غير مملوكة يتمكن فى الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان
فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر فان باع يقول الفقير الظاهر وان باع بالواو عينه المشترى
ما شراه فاسدا صح لانه ملكه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالبيع الثانى
ونقض الاول لحق الشرع وحقه اذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد لان الله تعالى
غنى والعفو عنه ارجى ولان الاول مشروع باصله دون وصفه لما مر والثانى مشروع باصله
ووصفه فكان الثانى اقوى ولانه حصل بتسليط من جهة البايع فلا يملك نقضه لان
سعى الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود بخلاف تصرف المشترى شفعة الدار المشفوعة حيث
يملك الشفيع نقضه لان كل واحد منهما حق العبد والشفيع مقدم على المشترى فكذا على
من قام مقامه واستويا فى المشروعية ولم يحصل بتسليط من الشفيع فلا يكون سعيا فى نقض
ما تم من جهته وكذا لو اعتقه او وهبه وسلم سقط حق الفسخ للعلة السابقة
وعليه اى على المشترى قيمته لما مر انه مضمون بالقبض كالغصب والكتابة والرهن كالبيع
لانهما لازمان فيثبت عجزه عن رد العين فيلزمه القيمة الا انه يعود حق الاسترداد بعجز
المكاتب وفك الرهن لزوال المانع قبل تحول الحق الى القيمة ولو آجرها له ان ينقض
الاجارة ويردها لانها تنفسخ بالاعذار ودفع الفساد عذر الا يرى ان المشترى اذا
آجر المبيع ثم وجد به عيبا له نقض الاجارة ليرده فههنا اولى كذا فى الكافى ولو بنى
المشترى فى دار اشتراها فاسدا او غرس فعليه قيمتها وينقطع حق الاسترداد عنده
ابح وقالا ينقض البناء والغرس ويرد لان حق الشفيع اضعف من حق البايع
اذ يحتاج فيه الى القضاء او الرضاء ويبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق
البايع والاضعف اذ لم يبطل بشىء فالاقوى اولى ان لا يبطل وحق الشفيع لا يبطل
بالبناء والغرس فحق البايع كذلك وله ان البناء والغرس حصل للمشترى بتسليط
من جهة البايع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع الحاصل للمشترى بخلاف
الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه وشك ابو يوسف فى رواية محمد عن الامام لزوم قيمتها
ولم يشك محمد فى روايته عن الامام لزوم قيمتها يعنى قال ابو يوسف لمحمد ما رويت لك عن ابح
انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك انه ينقض البناء والغرس وقال محمد بل رويت لى انه يأخذ قيمتها

قال صاحب العناية شك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في مذهبه والدليل على
ان مذهبه لزوم القيمة تنصيص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة
للشفيع الشفعة في الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما
لا شفعة فيها للشفيع فيها قال شمس الائمة السرخسي هذه مسئلة الثالثة التي جرت
المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد قال ابو يوسف ما رويت عن ابي حنيفة انه يأخذ فيهما
وانما رويت لك ان ينقض البناء وقال محمد بل رويت لي عنه انه يأخذ فيهما وهذا
كما ترى يشير الى ان الشك كان في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما
رويت وفيه تامل انتهى وقال مولانا سعدي افندي في وجه التامل اقول لانه انما
ما رويت لان النزاع كان في الرواية لا في بيان المذهب فيجوز ان يكون الشك في المذهب
ايضا بل لا يبعد ان يقال ذلك هو الظاهر ثم قوله ما رويت صريح في نفي الرواية لا في الشك
فيها الا ان يراد بالشك خلاف اليقين مطلقا ولما فرغ من بيان البيع الباطل والفاسد
شرع في بيان البيع المكروه قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه
فلذلك الحق به واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور
كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا كذا في العناية وكره النجش
بفتحتين ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره وهو مكروه لقوله صلى الله عليه
وسلم لا تناجشوا وكره السوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن وصورته ان يتساوم
الرجلان على السلعة والبايع والمشتري رضيا بثمن ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل
آخر على سومه فانه يجوز ولكن يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان
عن البيع فكان مكروها وقد قال صلى الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا
على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي فيفيد المشروعية وقيد بقوله اذا رضيا بثمن لانه
اذا تساوم الرجلان السلعة ولم يركن احدهما الى صاحبه فلا باس للغير ان يساوم
ويشتري فانه بيع من يزيد وذلك جائز لعدم الاثم لانه روى انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد وتلقي الجلب المضر باهل البلد وصورته المصري
اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى منهم وادخله المصر ليبيعه على ما اراده فذلك لا يخلو
اما ان يضر باهل البلد او لا والثاني لا يخلو اما ان يلبس السعر على الواردين او لا فان كان
الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح الضيق المجاور
المنفك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غرر وضر وهو قبيح فيكره
والا فلا باس بذلك كذا في العناية وكره بيع الحاضر للبادي طمعا في غلاء الثمن زمن القحط
لانه نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه فقال لا يبع الحاضر وصورته رجل له طعام لا يبيعه
لاهل المصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال ولا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة
لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون بذلك فان كان الثاني فهو مكروه وان
كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذه الصورة يكون اللام في قوله للبادي بمعنى من وقيل
صورته نظرا الى ظاهر اللام ان يجيء البادي بالطعام الى المصر فيتولى المصري بيعه للبادي
وقت غلاء السعر فانه منهي لانه لو تركهم لباعوا بنفسهم ورخص السعر وكره البيع عند
اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته منهيا باعتبار معناه لا باعتبار
الصيغة لان صيغته امر ثم فيه اخلال بالسعي الواجب اذا قعدا يتبايعان واما اذا تبايعا
يمشيان فلا اخلال فيصح بالكراهة وقد تقدم في كتاب الصلاة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول
اذا كان بعد الزوال لا يكره بيع من يزيد وتفسيره قد مر آنفا فلا نعيده وصح البيع
في الجميع اي في جميع ما ذكر من قوله وكره النجش الى هنا لان الكراهة لا تنافي الصحة بمعنى
عدم الفساد وانما لم يفسد البيع بالنهي لانه ورد لمعنى خارج عن صلب العقد مجاور له لا
لمعنى في صلب العقد ولا في شرائط الصحة فاوجب الكراهة لا الفساد والمراد من صلب العقد البدل والمبدل

والمراد من شرائط الصحة شرائط الاهلية من العقل والبلوغ وشرط الانعقاد وهو المحل
وهو ان يكون مالا متقوما وشرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى لو باع ملك نفسه
نفذ ولو باع الوكيل نفذ لوجود الولاية وفي البيع المكروه ليس الفساد في البدل والمبدل
فلا يكون في صلب العقد وليس ايضا في شرائط الصحة فيكون مكروها لا فاسدا
ومن ملك مملوكين صغيرين او كبيرا وصغيرا احدهما اي احد المملوكين صغيرا اخره
ذو رحم محرم من الآخر والجملة صفة لمملوكين كره ان يفرق بينهما قبل البلوغ
لقوله صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة
وروي انه وهب صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان
فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ووجه الاستدلال بالاول
هو الاول وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد جاء للتنزيه والامر بالادراك
او بالرد انكار على بيع احدهما وهو للتنزيه فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التنزيه
وهو مجاور ينفك عنه عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم ولان الصغير يستانس بالصغير
وبالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة
فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحم على الصغار
وقد اوعد عليه حيث قيل من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا بدون حق مستحق
بخلاف ما اذا كان التفريق بحق مستحق فانه يجوز بلا كراهة كدفع احدهما بالجناية
وبيعه بالدين ورده بالعيب بان اشتراهما فوجد باحدهما عيبا له ان يرده ويمسك الآخر
لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولا يجوز دفع الضرر عن شخص على وجه يلحق الضرر
بشخص آخر فاذا تعلق باحدهما حق لمنع عن ابطال الحق اضرار بصاحب الحق ويصح البيع
وان كان مكروها لان ركن البيع صدر من محله مضافا الى محله فينعقد والنهي عن بيع احدهما
لمعنى مجاور للبيع غير متصل به وهو الاضرار بالصغير فلا يفسد العقد كالنهي عن السوم
على سوم غيره مثلا خلافا لابي يوسف في قرابة الولاد رواية ويجوز في غيرها لقوة قرابة الولاد
وضعف غيرها وفي الجميع في رواية اخرى عن ابي يوسف لاطلاق ما روينا من قوله
صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه ادرك ادرك او اردد اردد فان الامر بالادراك او الرد
مخصوص بما ذكرنا فان كانا يعني الآخذ في البيع الفاسد لا يكون الا بنقض البيع فالفصل المناسب وان كانا
بالواو تثنية كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين كبيرتين
روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين اختين وبغلة
وكان صلى الله عليه وسلم يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية لنفسه الكريمة
فولدت منها ابراهيم ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن
عبد البر في كتاب الاستيعاب كذا في العناية وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا
واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الاقالة

لما كان الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه بالفسخ كالاقالة تعلق خاص بهما فاعقب ذكرها
اياهما وهي في اللغة الرفع والفسخ كانه يقال في الدعاء اللهم اقلني عثرتي وفي الشريعة رفع عقد
البيع وهي جائزة نقلا وعقلا اما نقلا فلقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال
الله عثرته يوم القيامة واما عقلا فلان العقد حق العاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكما ان العقد
حقهما فكذلك الرفع حقهما ويتحقق ذلك بتراضيهما كذا في كتاب الجمعة والاحكام للمولى
الفاضل شيخ علي البسطامي وتصح الاقالة بلفظين احدهما مستقبل نحو ان يقول احدهما
اقلني فقال الآخر اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فانه شرط صيغة الماضي فيهما كما في البيع
ولهما ان لفظ يعني في البيع كان محمولا على المساومة فلم يدل على التحقيق ولهذا لا ينعقد به البيع

واما لفظ اقلني في الاقالة فمحمول على التحقيق لان اقلني يكون بعد نظر وتامل كلفظ تزوجني في النكاح
وتتوقف الاقالة على القبول في المجلس كالبيع حتى لو قبل الآخر بعد زوال المجلس او
بعد ما صدر عنه فيه ما يدل على الاعراض كما سبق بيانه في البيع لا يتم الاقالة
وهي اي الاقالة بيع جديد في حق غير العاقدين اجماعا تظهر فائدته في مسائل
منها ان المبيع لو كان عقارا فسلم الشفيع الشفعة في بيعه ثم تقايلا وعاد المبيع الى
ملك البايع يجب الشفعة لكونه بيعا جديدا في حق غيرهما وهو الشفيع ولو كان فسخا
في حقه لم يكن له ذلك ومنها انه يجب الاستبراء لو كان المبيع جارية ثم تقايلا وعادت
الى البايع لانه بيع جديد في حق غيرهما وهو الله تعالى ومنها ان الموهوب له في حق الواهب
بمنزلة المشتري من المشتري منه ومنها ان المشتري اذا باع المبيع من آخر قبل نقد الثمن
ثم تقايلا جاز للبايع ان يشتري المبيع منه باقل مما باع لانه في حق البايع كالمملوك
بشراء جديد من المشتري الثاني ومنها انه اشترى بعروض التجارة بعد تمام الحول عبدا
للخدمة ثم رده بعيب بغير قضاء فهلكت العروض في يده لا يسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد
في حق الثالث وهو الفقير وفي حقهما اي في حق العاقدين بعد القبض فسخ عند ابي حنيفة
فيلزم الثمن الاول جنسا ووصفا وقدرا ويبطل ما شرط من الزيادة والنقصان والتأجيل
فان تعذر جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض ولدا فان الزيادة المنفصلة
تمنع فسخ العقد بطلت الاقالة وعند ابي يوسف بيع في حق المتعاقدين فلو
ولدت المبيعة ولدا يجوز الاقالة فان تعذر جعلها بيعا بان كان المبيع منقولا
غير مقبوض او تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما ففسخ فان تعذر
جعلها فسخا بان باع عرضا بالدرهم وتقايلا بعد هلاكه بطلت الاقالة
وعند محمد الاقالة فسخ ان كانت بالثمن الاول او بالاقل فان تعذر جعلها فسخا
بان تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد
القبض بخلاف جنس الثمن الاول فبيع فان تعذر جعلها بيعا وفسخا بان تقايلا
في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة لمحمد
ان الفسخ اصل في الاقالة وهو موضوعها لانها في اللغة اسقاط ورفع وكذا العاقدان
قصدا بالاقالة فسخ البيع ولهما ولاية على انفسهما فيجعل فسخا اعمالا لموجبها
الا ان لا يمكن جعلها فسخا فيجعل بيعا لانها تحتمل البيع اجماعا لوجود معنى البيع
فيها وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ولهذا كانت بيعا في حق الثالث ولابي يوسف
انها تمليك وتملك بتراض فالبايع يملك الثمن من المشتري والمشتري يملك
المبيع من البايع فكانت بيعا وان تلفظا بالاقالة اذ العبرة للمعاني لا للالفاظ
الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة
على ما تقدم غير مرة وعلى ما سيجيء ان شاء الله تعالى في بابها ولهذا تبطل الاقالة بهلاك
السلعة وترد بالعيب ويتجدد للشفيع حق الشفعة وهذه احكام البيع الا ان يتعذر
فتجعل فسخا لانها تحتمله ولابي حنيفة انها تنبئ عن الفسخ والرفع لما مر والاصل في الكلام
ان يحمل على حقيقته فان تعذر ذلك الحمل على الحقيقة صير الى المجاز ان امكن والا
بطل وهاهنا لم يمكن ان يجعل مجازا من ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة
احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه والاقالة قبل القبض فسخ في المنقول
وغيره عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف في العقار بيع لامكان البيع فان بيع العقار
قبل القبض جائز عنده وفسخ في المنقول لان بيع المنقول قبل القبض لا يصح اجماعا
ثم ذكر بعض الفروع بقوله فلو شرط فيها اي في الاقالة اكثر من الثمن الاول او
خلاف الجنس بطل الشرط ولزم الثمن الاول لان الاقالة فسخ والفسخ لا يكون
الا على الثمن الاول والاقالة لا تفسد بالشرط الفاسد فتكون الاقالة صحيحة ويلزم الثمن الاول

ان الموهوب له اذا باع موهوبه من آخر ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته خ

وعندهما

وعندهما يصح الشرط لو كانت الاقالة بعد القبض وتجعل بيعا لان الاصل هو البيع عند
ابي يوسف وعند محمد ان تعذر الفسخ فجعلها بيعا ممكن فاذا زاد او شرط خلاف الجنس
كان قاصدا البيع وان شرط اقل من الثمن الاول من غير تعيب لزم الثمن الاول ايضا عند
ابي حنيفة ومحمد اما عند ابي حنيفة فلانها فسخ عنده والفسخ لا يكون الا على الوصف الذي كان قبله
واما عند محمد فهي فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال
يكون فسخا فهنا اولى بخلاف ما اذا زاد حيث يكون بيعا لانه بالزيادة كان قاصدا البيع
وعند ابي يوسف تجعل بيعا ويصح الشرط لان البيع هو الاصل عنده وان تعيب المبيع وشرط
اقل من الثمن الاول بناء على العيب صح الشرط اتفاقا فيجوز الاقالة باقل من الثمن الاول
ويكون الحط بازاء ما فات بالعيب ولا تصح بعد ولادة المبيعة عند ابي حنيفة لامتناع الفسخ
بسبب الزيادة ومن اصله انه اذا تعذر جعلها فسخا تجعل بيعا ثم انهم قالوا هذا اذا
ولدت بعد القبض واما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده كما عندهما ولا يمنعها اي الاقالة
هلاك الثمن بل يمنعها هلاك المبيع لان رفع البيع يستدعي قيام البيع فان رفع المعدوم
محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع
بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن الثمن موجودا وهلاك
بعضه اي بعض المبيع يمنع الاقالة بقدره اي بقدر الهالك وتجوز الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه

بطلت خلافا لهما اما عند ابي يوسف فلان البيع هو الاصل عنده واما عند محمد فان من اصله ان الاقالة اذا تعذر جعلها فسخا صح

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما رفعها شرع في بيان الانواع التي
تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما المرابحة بيع ما شراه بما شراه وزيادة والتولية
بيعه بلا زيادة ولا نقص والوضيعة بيعه بانقص منه ومبناها على الامانة لان المشتري ائتمن
البايع في خبره معتمدا على قوله فيجب على البايع التنزه عن الخيانة والتجنب عن الكذب
لئلا يقع المشتري في غرور وهي عقود مشروعة وقد تعاملها الناس من لدن الصدر الاول
الى يومنا هذا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لابي بكر رضي الله عنه وقد اشترى بعيرين
يا ابا بكر ولني احدهما فقال ابو بكر يا رسول الله هو لك بغير شيء فقال صلى الله عليه وسلم اما بغير شيء فلا
فدل على جواز التولية وفي العناية على تعريف المرابحة والتولية من جهة الاطراد والانعكاس مع جواب
ان شئت فراجعه ولا يصح ذلك المذكور من المرابحة والتولية والوضيعة ما لم يكن الثمن الاول
مثليا كالمكيلات والموزونات اذ لو لم يكن مثليا بان كان عبدا او ثوبا لا يتحقق المرابحة
والتولية والوضيعة لانه لا يوضح كون البيع بمثل الثمن الاول او بالزائد عليه او بالناقص عنه
وهذا ظاهر او في ملك من يريد الشراء ويكون الربح معلوما كما اذا اشترى عبدا بثوب
فاراد ان يبيع العبد مرابحة لا بد ان يكون ذلك الثوب مملوكا للمشتري بسبب من الاسباب
حتى يبيعه به وبزيادة ربح معلوم كدرهم او شيء آخر من المكيل معلوم وان باع بذلك الثوب
وبربح ده يازده لا يصح لانه يكون باعه بالثوب وببعض قيمته وهذا لا يجوز لان الربح انما
يظهر عند التقويم وذلك يختلف باختلاف المقومين ويجوز ان يضم الى راس المال
اجرة القصارة والصبغ والطراز بكسر الطاء وبالراء المهملتين وآخره زاي معجمة علم الثوب
والفتل بفتح الفاء مصدر فتل الحبل ومعناه بالفارسي يافتن والحمل حمل المبيع من مكان
الى مكان وسوق الغنم والسمسار وهو بكسر السين الاولى المتوسط بين البايع والمشتري
جمعه سماسير لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار والاصل ان
عرف التجار معتبر في بيع المرابحة ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا عندنا
بهذه الصفة لان القصارة واخواتها تزيد في العين والحمل وسوق الغنم يزيدان في القيمة
اذ هي تختلف باختلاف المكان ثم انهم قالوا في السمسار ان اجرته ان كانت مشروطة
في العقد تضم والا فاكثر المشايخ على انها لا تضم بخلاف اجرة الدلال فانها لا تضم اتفاقا
لكن يقول عند ضم اجرة هذه الاشياء قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب لان الشراء بالشيء ذكر ثمنا

في العقد صح

ولا يضم نفقته اى نفقة البايع ولا اجر الراعى والطبيب والمعلم وبيت الحفظ لانه ليس فيها
عرف ظاهر بالالحاق برأس المال ولانها لا تزيد فى قيمة المبيع شيئا واما ثبوت الزيادة فى التعلم
فلمعنى فيه وهو ذهنه وشغله لا لما اعطى المعلم من الاجر غاية ان التعليم وقع شرطا ولم يؤد
اجرة المعلم مالية المبيع وانما فسرنا بقولنا اى نفقة البايع لان نفقة المبيع تضم كذا فى شرح
مجمع البحرين نقلا عن المحيط فان ظهر للمشترى خيانة البايع فى المرابحة اما بالبينة او باقرار
البايع او بنكوله عن اليمين خير المشترى فاخذه بكل ثمنه او تركه وان ظهر
خيانة البايع فى التولية يحط من ثمنه قدر الخيانة عند ابح وهو اى الحط القياس فى الوضيعة
قال صاحب الاختيار يعنى اذا خان خيانة ينفى الوضيعة اما اذا كانت خيانة بوجه الوضيعة
معها فهو بالخيار وهذا على قياس قول ابح وعلى قياس قول ابى يوسف يحط منها
ومحمد يخيره فيهما انتهى وعند ابى يوسف يحط فيهما اى فى المرابحة والتولية قدر الخيانة
مع حصتها اى حصة الخيانة من الربح فى المرابحة مثلا اذا قال اشتريت هذا الثوب
بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر ثم ظهر ان البايع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة
وهو درهمان ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة وهو درهم واحد فياخذ الثوب
باثنى عشر درهما وعند محمد يخير بين اخذه بكل الثمن وتركه فيهما اى فى المرابحة
والتولية لان الاصل ما هو المذكور فى العقد لكونه معلوما والثمن الاول هو معلوم
فذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فاذا ظهرت الخيانة فقد
فات الوصف المرغوب فيتخير كما لو وجد المبيع معيبا ولابى يوسف ان الاصل
هو لفظ المرابحة والتولية ولهذا ينعقد البيع بقوله وليتك بما اشتريت او ابيعك
مرابحة على ما اشتريت اذا كان ذلك معلوما وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد
الثانى فى حق الثمن على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثابتا فى العقد الاول فلا
اثباته فى العقد الثانى لبنائه عليه فيحط ضرورة غير انه يحط فى التولية قدر الخيانة
من رأس وفى المرابحة منه ومن الربح على ما مر آنفا ولابح ان الحط لو لم يوجد فى التولية لم
يكون قدر الخيانة زائدا على الثمن الاول فيصير مرابحة لا تولية واما فى المرابحة فلو لم
يحط تبقى مرابحة غايته ان الربح يكون اكثر مما ظنه المشترى فيثبت له الخيار لفوات الرضا
فلو هلك المبيع بعد ظهور الخيانة فى المرابحة قبل الرد الى البايع او امتنع الفسخ
بسبب عيب او زيادة فى المبيع لزم كل الثمن وسقط الخيار اتفاقا لانه مجرد
خيار لا يقابله شئ من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط
خيار بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب
لان المستحق للمشترى ثمه المطالب بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه
ومن شرى شيئا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم شراه ثانيا بعشرة يرابح على خمسة يعنى يبيعه
مرابحة على خمسة ويقول قام على بخمسة وان شراه ثانيا بخمسة لا يرابح يعنى لا يبيعه اصلا
عند ابح وعندهما يرابح على الثمن الاخير مطلقا اى سواء شراه بعشرة او بخمسة
يعنى يرابح على عشرة فى الاولى وخمسة فى الثانية لانه شراء جديد واحكامه منقطعة عن احكام
الاول فيبنى عليه المرابحة ولا يعتبر ما سبق لان المرابحة بيع ما اشترى بمثل ما اشترى وزيادة
ولهذا لو باعه المشترى من ثالث ثم اشتراه الاول منه يبيعه مرابحة بالثمن الاخير كذا فى الكافى
ولابى ح ان الربح فى البيع الاول كان على احتمال السقوط بان يرد المشترى المبيع بظهور العيب فيه
فاذا رجع فلا يبقى فتاكد بالشرى ذلك الربح وللتاكد حكم الايجاب فصار كانه اشترى ثانيا
بعشرة ثوبا وخمسة فتقابلت الخمسة وبقى الثوب بخمسة فى المسئلة الاولى بخمسة فيبيعه مرابحة عليه
وفى المسئلة الثانية بقى مجانا فلا يبيعه مرابحة حذرا عن شبهة الخيانة وفى المحيط ما قاله ابح
اوثق وما قالا ارفق كذا فى شرح مجمع البحرين لابن الملك وان شرى ماذون مديون شيئا بعشرة
وباعه من سيده بخمسة عشر او بالعكس اى انه شراه سيده شيئا بعشرة وباعه من العبد بخمسة عشر

يرابح السيد فى الاولى والعبد فى الثانية على عشرة والمكاتب كالماذون واصله
ان المرابحة لما كانت بيعا بمثل الثمن الاول وزيادة بنيت على الامانة ونفى الخيانة
حقيقة وشبهة وقد تمكنت الشبهة هنا لان العقد الذى جرى بين المولى والعبد صحيح
شبهة العدم لانه عبده والعبد وما فى يده لسيده وانما صح العقد لمكان الدين
مع قيام المانع والحاصل العبد لا يخ عن حق المولى لان مكاسب العبد المديون والمكاتب
ملك المولى من وجه فجعل العقد الذى جرى بين السيد والعبد كالمعدوم فى حق المرابحة
وبقى الاعتبار للعقد الاول وصار كان العبد اشتراه للمولى بالوكالة بعشرة فى الفصل الاول
وكان العبد يبيعه للمولى بالوكالة فى الفصل الثانى فيعتبر الثمن الاول ولو بين انه
اشتراه من عبده الماذون المديون او من مكاتبه له ان يبيعه مرابحة بخمسة عشر كذا
فى الكافى وانما قيد بقوله مديون لانه لو لم يكن على العبد دين فباعه من مولاه شيئا
لم يصح البيع فضلا عن ان يكون مرابحة لانه لا يفيد المولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك
الرقبة ولا ملك التصرف والمضارب بالنصف لو شرى شيئا بعشرة وباعه من رب
المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثنى عشر ونصف صورتها رجل دفع الى رجل
عشرة دراهم مضاربة على ان يكون الربح نصفين فاشترى المضارب بالعشرة ثوبا
ثم باعه من رب المال ولا بيع رب المال من المضارب اذا لم يكن فى المال ربح لان البيع
مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال الغير لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا
ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بايع
الى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله فى التصرف فيه لما شرع المضاربة يحصل
ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على الفائدة ينعقد لان الانعقاد يتبع الفائدة
واذا جاز البيع عندنا فاذا اراد رب المال ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على اثنى عشر ونصف
لانا وان قضينا بجوازه ففيه شبهة عدم الجواز لان المضارب وكيل عن رب المال فى البيع
الاول من وجه فانه يعمل له من وجه فى ماله ولهذا يرجع بالعهدة على رب المال فصار بيع المضارب
مع رب المال باطلا فى حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال واما درهمان ونصف فحق
المضارب ولا شبهة فى اصل الثمن فلذا يبيعه مرابحة على اثنى عشر درهما ونصف ويرابح
بلا بيان لو اعورت المبيعة بافة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئت وهى ثيب
او اصاب الثوب قرض فار او حرق نار يعنى اشترى جارية فاعورت
او وطئها المشترى وهى ثيب ولم ينقصها الوطى او اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق
نار يبيعهما مرابحة ولا يجب عليه البيان يعنى لا يجب عليه ان يقول انى اشتريتها سليمة بكذا
او شريته سليما فاعورت فى يدى او اصابه قرض فار مثلا لان جميع ما يقابله الثمن قائم
اذ الفائت وصف فلا يقابله شئ من الثمن اذا فات بلا صنع احد قال الفاضل
المراد بقوله يبيعه مرابحة بلا بيان اى بلا بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب
عنده بعد ذلك واما نفس العيب فلا بد من بيانه بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه
اشتراه سليما ثم حدث فيه العيب عنده وانما قلنا ولم ينقصها الوطى لانه اذا نقصها يجب عليه
البيان وقال الفاضل الزيلعى هنا اذا نقص العيب المبيع شيئا يسيرا وان نقصه قدر ما لا يتغابن
فيه الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة وقال صاحب الكافى وعن ابى يوسف وهو قول الشافعى
وزفر لا يبيعه بلا بيان لاحتباس جزء من العين عنده فصار كما لو احتبس بفعله ولو عمله المشترى
لا رعن فيه وان فقئت عينها سواء فقأها المشترى بنفسه او فقأها اجنبى سواء كان
المشترى او بغيره وسواء اخذ ارشها من الاجنبى او لم ياخذ لانه لما فقأها الاجنبى وجب عليه
ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه وقول صاحب الهداية
فاخذ ارشها وقع اتفاقا والدليل على هذا اطلاق ما ذكر فى المبسوط من غير ذكر لاخذ
الارش كذا فى النهاية او وطئت وهى بكر او تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان

اما في صورة فقا العين فلانه صار مقصودا بالاتلاف اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا لجزء من المعقود عليه فيمنع المرابحة بلا بيان واما في صورة وطيها وهي بكر فلان العذرة جزء من العين فيقابلها شيء من الثمن وقد حبسها فلا يبيع الا بالبيان
واما في صورة تكسر الثوب بطيه ونشره فلما بينا من انه صار مقصودا بالاتلاف
وان اشتري بنسية ورابح بلا بيان خير المشتري يعني ان اشترى غلاما بالف درهم نسية فباع بربح مائة ولم يبين ذلك للمشتري ثم علم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزداد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بالخيانة
ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزداد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البايع كما مر في مسئلة اعورار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها بانها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول ان اجلتني مدة كذا فقيمته تكون كذا بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء فان اتلف بقوله الفقير الظاهر ان اتلف بالواو تدبر اي ان اتلف الغلام ثم علم الخيانة لزم كل ثمنه وهو الالف وماة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن بالحقيقة وكذا التولية يعني لو اشترى بنسية وولاه بلا بيان ثم علم المشتري الخيانة خير لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان اتلف ثم علم لزم كل ثمنه ولا يخير لما مر ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن بالحقيقة ولو اشترى ثوبين صفقة بعشرة كل بخمسة كره بيع احدهما مرابحة بخمسة بلا بيان انه اشتراه بخمسة مع ثوب اخر لان الجيد قد يضم الى الردي لترويجه فتمكنت التهمة وهذا عند ابي ح وقالا لا يكره لان ثمن كل ثوب معلوم ولا اعتبار للجودة والرداءة مع تعين ثمن كل ثوب فلا تهمة قيد بثوبين لان المشتري لو كان مما يكال او يوزن او بيعه يجوز بلا كراهة اتفاقا وقيد بقوله صفقة لانه لو كان بصفقتين يجوز ايضا اتفاقا ومن ولي بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره اي قدر ما قام عليه فسد العقد لجهالة الثمن وان علم اي قدر ما قام عليه في المجلس صح البيع لزوال المفسد قبل تقرره وخير المشتري ان شاء قبل وان شاء رد لان الرضا لم يتم قبل العلم لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية هر

فصل

وجه ايراد المسائل التي في هذا الفصل في فصل على حدة ان هذه مسائل ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها عقيب المرابحة الاستطراد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية لا يصح بيع المنقول قبل قبضه ويصح في العقار عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه والشيء عام يشمل المنقول والعقار ولانه لا يقدر على تسليم قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر من اهله ووقع في محله والحديث معلول باحتمال الهلاك وهو في العقار نادر فلا يقاس على المنقول حتى لو تصور هلاك العقار قبل القبض بان كان على شط النهر ونحوه قالوا لا يجوز بيعه قبله قال صاحب العناية بعد ما نقل كلمات شراح الهداية وغيرهم وايراد انواع النظر في كلماتهم واعلم اني اذكر لك ما سنح لي في هذه المواضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو انه يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغيره من المنقول قبل القبض جائزا بعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض

ثم لا يخلو اما ان يكون بغرر الانفساخ على تقدير الهلاك اولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار لان الهلاك نادر في العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر فان الحديث الدال على نهي بيع ما لم يقبض مطلقا يدل على عدم جواز بيع العقار قبل القبض وحديث الغرر يدل على جوازه وذلك التعارض يستلزم اعمال العمل بحديث بيع ما لم يقبض وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق والاعمال متعين لا محالة فيكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض هنا والله اعلم انتهى
ومن اشترى كيليا كيلا لا يجوز له اي المشتري بيعه ولا اكله حتى يكيله ثانيا لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع بخلاف ما اذا باع جزافا لان الزيادة للمشتري قال صاحب العناية اذا اشترى المكيل كالحنطة والشعير واراد التصرف فذلك على اقسام اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك ففي الاول لم يجز للمشتري الثاني من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في المشتري الاول كذلك لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري وفي الثاني لا يحتاج الى الكيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشتري الثاني الى الكيل لانه لما اشترى مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك نفسه وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار المعقود عليه مبيعا واما المجازفة فلا تحتاج الى الكيل لما ذكرنا ثم انه اعترض على قوله بخلاف ما اذا باع جزافا لان الزيادة للمشتري بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بانه من الجائز انه اشترى محلا مكايلة فاكتاله عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنا عشر في الواقع قال صاحب العناية وفيه من التمحل ما ترى يقول الفقير وجه التمحل ظاهر لمن له ادنى تامل وقيل المراد بالزيادة التي كانت في ذهن البايع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه فالزائد للمشتري ويجوز ان يجعل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري بحيث لم يفسخ العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير وجوده لم يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم
وكفى كيل البايع بعد العقد بحضرته اي بحضرة المشتري لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم به ومحل الحديث اجتماع الصفقتين وهو ما اذا اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه على ما سياتي في السلم ان شاء الله تعالى وهو الصحيح احتراز عما قال بعضهم من ان كيل البايع لا يكفي لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين وانما قيد بقوله بعد العقد لانه كاله البايع قبل العقد وان كان بحضرة المشتري لم يعتبر بل لزم الكيل ثانيا لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط وانما قيد بقوله بحضرته لانه لو كاله بعد العقد بغيبة المشتري لم يعتبر ايضا لان الكيل من باب التسليم اذ به يعلم المبيع ولا تسليم الا بحضرته ومثله اي مثل الكيلي الوزني والعددي اي لا يبيعه ولا ياكله المشتري حتى يزنه او يعده ثانيا ويكفي ان وزن او عد بعد العقد بحضرة المشتري في الصحيح قال صاحب الهداية وصاحب الكافي والمعدود كالمذروع اذ لا يجري الربا بين المعدودين كما لا يجري بين المذروعين فيجوز عند ابي ح كالموزون لانه لا يحل له الزيادة على المشروط وشبهة اختلاط غير المبيع بالمبيع ثابتة في المعدود كما في الموزون لا المذروع اي لا يشترط في المذروع ذرعا وان اشتراه بشرط الذرع لما مر ان الذراع وصف لا يقابله شيء من الثمن فيكون الزيادة للمشتري

قال لا يلي هنا اذا لم يتم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وصح التصرف في الثمن قبل قبضه اى قبض الثمن لان المطلق المتصرف الملك وقد وجد والثمن ورد في المبيع لاحتمال عذر الانفساخ بالهلاك وليس فيه عذر الانفساخ بالهلاك ولانه دين ثابت في الذمة ولا يتعين بالتعيين قال صاحب الدرر جاز التصرف في الثمن قبل قبضه سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدلها شيئا آخر لوجود المجوز وهو الملك لانتفاء المانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك لما مر ان الاصل في البيع هو المبيع وبهلاكه ينفسخ البيع بخلاف الثمن اما اذا كان من النقود فظاهر واما اذا كان من المكيل او الموزون فلانه مبيع من وجه وثمن من وجه ولهذا لا تبطل الاقالة في صورة المقايضة بهلاك احدهما وصح الحط منه اى من الثمن سواء قام المبيع او لم يقم لانه بحال يمكن اخراج البدل اى الثمن عما يقابله من الثمن كونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا والمراد منه حط البعض على ما يفهم من قوله منه لان حط كل الثمن غير ملتحق بالعقد اتفاقا لانه لو استحق بقي العقد بلا ثمن وهو غير مشروع وصح الزيادة فيه اى في الثمن لكن حال قيام المبيع لا بعد هلاكه لان المبيع ان لم يبق بحاله يصح الاعتياض لان الاعتياض يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابلها فلا يلتحق باصل العقد بالاستناد وكذا يصح من البائع الزيادة في المبيع لانه تصرف في حقه وملكه ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك قال صدر الشريعة يمكن ان يراد به ان البائع يكون مستحقا بجميع الثمن من المزيد والمزيد عليه والمشتري يستحق جميع المبيع من الزائد والمزيد عليه فلا يكون يمكن ان يراد انه اذا استحق المبيع او الثمن مستحق فالاستحقاق يتعلق بجميع ما يقابله من المزيد والمزيد عليه فلا يكون الزائد صلة مبتدأة كما هو مذهب زفر والشافعي وقال صاحب الدرر لا يمكن ذلك لان مدار هذا الاستحقاق على الدعوى والبينة فان ادعى المستحق مجرد المزيد عليه واثبته اخذه وكذا ان ادعى الزيادة فقط قال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر بل يأخذ الزيادة معه ايضا فان زيدا اذا اشترى من عمرو عشرة اقفزة من بر ولم يقبض المبيع وغاب فجاء بكر فقال انا المشتري فاعطني ذلك المبيع فسلمه البائع مع زيادة بكيل فجاء زيد وادعى على بكر ان المشتري هو نفسه دونه واثبت يقضي له المبيع مع زيادة بحكم الحاقها باصل العقد وكذا الحال في جانب الثمن هذا اذا كانت الزيادة عند غيبة المشتري واما اذا كانت عند حضوره فالامر ظاهر انتهى يقول الفقير وفيه بحث تدبر فباع ويبنى هنا تفريع على صحة الزيادة والحط وعلى الحاقهما باصل العقد على الكل ان زيد وعلى ما بقي ان حط لان موجب الحاقهما باصل العقد ذلك حتى ان البائع اذا حط بعض الثمن عن المشتري ثم المشتري قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عند التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط ملحقا باصل العقد فكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذا اذا زاد المشتري على اصل الثمن او البائع على اصل المبيع وكذا في المرابحة والشفيع يأخذ بالاقل في الفصلين اى في الزيادة على الثمن والحط اما في الحط فلانه الملتحق باصل العقد واما في الزيادة فلان حقه تعلق بالثمن الاول فلا يملكان ابطال الحق الثابت فان قيل اذا تعلق حق الشفيع بالعقد الاول يلزم ان لا يعتبر الحط في حقه ايضا مع انه يعتبر على مقتضى قوله والشفيع يأخذ بالاقل في الفصلين فكان مدار الاخذ بالشفعة النظر في حق الشفيع فوجب العمل بما هو انفع له ومن قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن كذا من الثمن سوى الالف اخذ الالف من زيد والزيادة منه اى من الضامن وان لم يقل من الثمن والمسألة بحالها فالالف على زيد ولا شيء عليه اى على القائل هذه المسألة من تفاريع زيادة الثمن وفي ذكرها فائدة جوازها من الاجنبي ايضا قال صاحب الاصلاح والايضاح ذكر صاحب الهداية هذه المسألة في مسائل متفرقة اوردها بعد السلم

زاعما انها لا تنتظم مع مسائل باب من الابواب والمصنف ردها الى بابها ونظمها مع ما يناسبها ولقد اصاب انتهى ثم ان اصلها ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد كان العقد ورد ابتداء على الاصل والزيادة كما مر وان اصل الثمن لم يخرج بغير المقابل ولهذا لا يصح ايجابه على الاجنبي لانه لا يستفيد بازائه مالا واما فضول الثمن فيستغني عنه حتى يصح الزيادة من الاجنبي كما يصح من المشتري لانه لا يسلم له شيء بمقابلة الزيادة فصارت كبدل الخلع فانه يصح على غير المرأة اذ لا يسلم شيء اذ البضع عند الخروج غير متقوم لكنه من شرط الزيادة المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بالمقابلة بواسطة المقابلة فاذا قال من الثمن فقد جعل المائة بمقابلة المبيع صورة فوجد شرطها فتصح واذا لم يقل من الثمن لم يوجد المقابلة صورة ولا معنى فلم يوجد شرطها فلا تصح وبقي التزام المال ابتداء ليبيع عبده من غيره وهو رشوة وهي حرام وكل دين اجل الى اجل معلوم صح تاجيله وان كان حالا في الاصل لان الدين حقه فله ان يؤخره تيسيرا على المديون كما له ابراؤه الا القرض فانه لا يصح تاجيله وقال مالك يجوز تاجيله لانه دين كسائر الديون فاذا اجله لا يطالب قبل الاجل ولنا ان القرض اعارة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر على المتبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا الا في الوصية يعني اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة لزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل السنة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها نظرا للموصي ولذا جوزت الوصية بالخدمة والسكنى ولزمت ولا يصح التاجيل الى اجل مجهول متفاحش الجهالة كهبوب الريح ونزول المطر مثلا ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه كما في الكفالة

باب الربوا

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في انواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهنا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد رحمه الله الا تصنف شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع وبينت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة في المال من ربا المال اذا زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ كذا في المغرب هو اى الربا في الاصطلاح فضل مال خال عن عوض احتراز عن بيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فان للثاني فضلا على الاول لكن غير خال عن العوض بصرف الجنس كذا في جميع الكتب لكن فيه بحث ظاهر رحم الله دافعه تدبر شرط جعله فعلية صفة لفضل مال لاحد العاقدين حتى لو شرط لغيرهما لا يكون ربوا وعلته القدر والجنس في معاوضة مال بمال احترز به عن الفضل الخالي عن عوض في الهبة ربوا والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا التاويل ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية ابن ابي سفيان وروي بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا الحنطة والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل ما روي وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم صدق

الاثم عليه

وتخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها
سواء وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضاً ثم اعلم ان الخبر المروي عن رسول
صلى الله عليه وسلم في باب الربا معلل ام لا فالقائسون باجمعهم انه معلل لكنهم اختلفوا
في العلة فقال اصحابنا العلة القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكيل او موزون
قوبل بجنسه حتى اثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل واثبتوه في الحديد والنحاس
والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن وقال الشافعي علة الربا هي الاكل في الاشياء الاربعة
وغير اصحابه عبارته وقالوا الطعم لان لفظ الطعم اعم من لفظ الاكل لانه يتناول المأكول
والمشروب جميعاً يقول الفقير ليس شيء من الاشياء الستة من قبيل المشروبات كيف
يحتاج الى تغيير عبارة الاكل بالطعم حتى يعم المأكول والمشروب تدبر والثاني في الذهب والفضة
فلان في قول هما ثمنان وفي قول معللان بعلة الثمنية وعدى هذا الحكم الى كل ما صار ثمناً
بالاصطلاح كالدراهم المغشوشة والفلوس الرائجة ان النص شرط التماثل في الاشياء الستة
وذا يدل على عزتها وخطرها ووصف الطعم في الاشياء الاربعة وصف شريف لان بقاء
الانسان به فناسب ان يكون علة وكذا الثمنية لان مالية الاموال التي مصالح الانام منوطة بها
انما تعرف بالاثمان فما لا يقابله ثمن لا يكون مالاً ولا اثر للجنسية حينئذ فيكون شرطاً لعمل العلة
ولنا ان النص اوجب المماثلة ذاتاً في الاشياء الستة والتماثل انما يقع باعتبار الصورة
والمعنى والقدر يسوي العوضين صورة والجنس يسويهما معنى فناسب ان يكون كلاهما علة
على ان قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدل على ان المعتبرة
الجنسية وتساوي العوضين فيهما مانع من التفاضل وقال مالك علة الربا الاقتيات
وهو اخذه قوتاً والادخار بشرط المجانسة فكل ما كان مقتاتاً مدخراً جرى فيه الربا وما لا
فلا لانه صلى الله عليه وسلم خص بالذكر كل مقتات ومدخر لان العزة والخطر فيهما اكثر
فكانا بالاعتبار انسب وقال داود بن علي ومن تابعه من اصحاب الظواهر ان الخبر غير معلل
ولا يجري الربا الا في هذه الاشياء الستة المذكورة فحرم تفريع على كون العلة القدر والجنس
بيع الكيلي والوزني بجنسه كبيع الحنطة بالحنطة والذهب بالذهب متفاضلاً
او نسيئة لوجود القدر والجنس جميعاً ولو كان الكيلي والوزني غير مطعوم كالجص من الكيلي
والحديد من الموزونات وفيهما خلاف الشافعي ومالك بناء على ما ذكرنا من علة الربا
عندنا وعندهما وحل بيع الكيلي والوزني بجنسه متماثلاً مع التقابض ومتفاضلاً
غير معيار كحفنة بحفنتين الحفنة بفتح الحاء المهملة وسكون الفاء والنون ملء الكف
كذا في المغرب وانما جاز ذلك لان عدم الجواز لتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر
بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل بالحفنة والحفنتين فينتفي المساواة
فينتفي تحقق الفضل وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات
من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا
لانه لا تقدير للشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف الصاع
او اكثر والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في العناية نقلا عن المبسوط وبيضة ببيضتين
وتمرة بتمرتين وحاصله ان ما لا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن اما للقلة كالحفنة
والحفنتين والتمرة والتمرتين واما لكونه مما لا يباع بالمعيار الشرعي كالبيضة والبيضتين
يحل البيع فيه متفاضلاً وعند الشافعي لا يحل بيع المطعومات حفنة بحفنتين بناء على ما ذكر
من العلة وبناء على ان الاصل عنده الحرمة والمساواة مخلص وعندنا الاصل الحل والدخول تحت
المعيار شرط الحرمة فعندنا ما يدخل في الكيل يثبت فيه الحرمة وما لا يدخل فيه يبقى على اصله وهو
الحل وعنده الاصل الحرمة والمساواة مخلص فما لا يدخل تحت السوي الشرعي يبقى على الاصل وهو الحرمة
فان وجد الوصفان القدر والجنس حرم الفضل كقفيز بقفيزين منه والنساء ولو مع التساوي
كقفيز بقفيز منه احدهما او كلاهما نسيئة والنساء بالمد الاجل التأجيل يعني بيع بنساء وبفتح وتشديد كذا في المغرب

وان عدما اي القدر والجنس حلا اي الفضل والنساء لعدم العلة المحرمة وان وجد
احدهما فقط حل التفاضل كما اذا بيع قفيز حنطة بقفيزي شعير يداً بيد حل فان احد جزئي
العلة كما اذا بيع موجود هنا لا الجزء الآخر وهو الجنس وان بيع خمسة اذرع من الثوب الهروي بستة اذرع
منه يداً بيد حل ايضاً لوجود الجنسية وان عدم القدر لا النساء بمعنى لا يحل النساء في هاتين
الصورتين ولو بالتساوي لحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة ربا النسيئة باحدهما لان
جزء العلة لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة وهي في باب الربا ملحقة بالحقيقة وان كانت ادنى
منها فلا بد من اعتبار الطرفين ففي النسيئة احد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز
فصار هذا المعنى مرجحاً لتلك الشبهة فلم تحل وفي غير النسيئة لم تقو الشبهة لما ذكرنا انها ادنى
من الحقيقة فلا يصح سلم هروي في هروي لاتحاد الجنس ولا سلم بر في بر ولا شعير في شعير
فانه ايضاً لم يجز لوجود القدر يقول الفقير هكذا في النسخ التي عندنا لكن الظاهر ان يقال
ولا بر في شعير ولا شعير في بر كما في سائر الكتب تدبر وشرط التعيين والتقابض في الصرف
اما التعيين فظاهر واما التقابض فلقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه
يداً بيد وهاء بوزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هاؤم اقرؤا كتابيه يعني يقول كل واحد
من المتعاقدين لصاحبه هاء فيتقابضان وشرط التعيين فقط لا التقابض في غيره اي في
غير الصرف مما يجري فيه الربا حتى لو باع براً ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز وقال الشافعي
يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كما في الصرف لقوله صلى الله عليه وسلم
في الحديث المعروف يداً بيد ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا
لان الفائدة المطلوبة انما هي التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف
لان القبض فيه ليتعين ومعنى يداً بيد عيناً بعين كذا رواه عبادة بن الصامت فصح
في التعيين بالمجلس لا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم
جعلتم يداً بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى التعيين في بيع الطعام لانا نقول انا
جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو بمعنى التعيين في الكل
كلها لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب
بيع باناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط
واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمناً خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في
الربا كالحقيقة فاشترط القبض فيه لها وما نص على تحريم الربا فيه كيلا فهو
كيلي ابداً كالبر والشعير والتمر والملح او على تحريمه وزناً فهو وزني ابداً كالذهب
والفضة ولو تعورف بخلافه لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما
لا نص فيه حمل على العرف كغير الستة المذكورة لان عادات الناس دالة على جواز الحكم فيما وقع
عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضاً لان النص على ذلك الكيل في المكيل و
الوزن في الموزون في ذلك انما كان للعادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها وقد تبدلت
فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك قال مولانا سعدي افندي اقول استقراض الدراهم عدداً
وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي ان يكون مبنياً على هذه الرواية
فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلاً وزناً لانه نص على كونه مكيلاً ولا الذهب بالذهب متماثلاً
كيلاً لانه نص على كونه موزوناً وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين عند ابي يوسف
خلافاً لمحمد بيع الفلس بجنسه متفاضلاً على اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما
وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه
بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعاً
لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلاً خالياً عن العوض مشروطاً
في العقد وهو الربا واما الثاني فلانه لو جاز امسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض

واما الثالث فلانه لو جاز قبض البايع الفلسين ورد اليه احدهما مكانه ما استوجب في
ذمته فيبقى الاخر بلا عوض واما الوجه الرابع تجوزه ابوح وابو يوسف وقال محمد لا يجوز
لان الثمنية في الفلس ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما
فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالانفاق فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم
بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما
وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين
ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد بخلاف
النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كان بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لانه كالى
وهو منهي عنه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الكالى بالكالى قال ابو عبيدة
النسيئة بالنسيئة وقال صاحب الفائق كلأ الدين فهو كالى اذا تأخر ومنه كلأته النسأة
وكلأت الطعام اسلفته كذا في حاشية سعدي افندي ويجوز بيع الكرباس بالقطن
وفي المختار ويجوز بيع الكرباس بالقطن وقال في الاختيار لاختلاف الجنس باعتبار المقصود
والمعيار ولا خلاف فيه وبيع القطن بالغزل يجوز عند محمد كما ذكرنا خلافا لابي يوسف
للمجانسة والفتوى على قول محمد وقال صاحب الهداية واختلفوا في القطن بغزله وبيع الكرباس
بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع لكن قال صاحب العناية وهذا يخالف ما روي عن محمد
ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا ثم انه بنى بيع القطن
بالكرباس على حكم قال صاحب التسهيل بيع القطن بالكرباس مطلقا اي متساويا او لا
لاختلافهما من كل وجه اي جنسا وقدرا اقول يشكل على قول ابح لانه ينبغي ان يتحد الجنس
من وجه للجزئية كما في البر والدقيق اذ القطن جزء الكرباس فلم يختلفا من كل وجه فينبغي ان
يصح التفاضل الى النساء واما على اصلهما فصحيح لو اعتبر الاختلاف بالمقاصد لا لو اعتبر
بعود احدهما الى الاخر فان القطن يصير كرباسا كما يصير البر دقيقا فعلى هذا لا يصح النساء
بالاجماع انتهى ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابح وعند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز بيعه
اي بيع اللحم بحيوان جنسه اي جنس اللحم حتى يكون اللحم اكثر مما في الحيوان من اللحم
بيع الحيوان على وجوه منها اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا
وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما سيجيء عن قريب ان شاء الله تعالى
ومنها اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط
وهو جائز بالاتفاق ان كانا متساويين في الوزن والا فلا ومنها اذا باعه بجنسه مذبوحا
غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق
ومنها اذا باعه بجنسه حيا وهو جائز عند ابح وابي يوسف غير جائز عند محمد الا اذا كان
اللحم المفرز اكثر ليكون مقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق
الربا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه ولهما انه باع الموزون
بما ليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يعرف ثقله وخفته
بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب فيه فلا يدرى ان الشاة خففت نفسها
او ثقلت ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا لتحقق الشرط وهو وجود التسوية
وقوله متماثلا وكيلا حالان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متماثلا ويجوز
ان يكونا مترادفين فيلزم على التقدير ان يكون قوله كيلا بمعنى مكيلا قال
مولانا سعدي افندي لكن الظاهر عندي انه انتصاب كيلا على التمييز عن النسبة اي متماثلا كيلا حيث
الكيل قال صاحب العناية حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان بيع الدقيق بالدقيق
اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين والكبس الملأ والمراد ههنا الملأ بشدة وذلك
بوضع اليد عليه ودفعه بشدة ليزول تخلخله لا بالسويق اصلا يعني لا يجوز بيع الدقيق بالسويق
اصلا لا متفاضلا ولا متساويا عند ابح لان السويق اجزاء الحنطة المقلية اي المشوية ثم

والدقيق

والدقيق اجزاء الغير المقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال لعدم التسوية بينهما لا كنازا
احدهما اي اجتماعه وتخلخل الاخر فكذا اجزاؤهما خلافا لهما لانهما جنسان ولهذا اذا تلف
احدهما لا يضمن بالاخر قلنا اختلافهما في حكم الضمان لكون الاصل فيه المماثلة من كل وجه
ويجوز بيع الرطب بالرطب متماثلا وكذا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا عند ابح خلافا لهما
في بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب لما روي من حديث سعد بن ابي وقاص انه صلى الله عليه وسلم
سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال او ينقص اذا جف قالوا نعم قال لا اذا ولابح ما روي انه لما دخل
بالعراق سئل عن ذلك فقال يجوز لان الرطب اذا كان من جنس التمر جاز لقوله صلى الله عليه وسلم
التمر بالتمر مثلا بمثل وان لم يكن من جنس التمر ايضا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم ورد ما رواه من الحديث فقال مداره على زيد بن عياش
وهو ضعيف عند النقلة واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال عبد الله بن المبارك
كيف يقال ان ابا حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه
على انه ورد مخالفا للحديث المشهور فقد قال صلى الله عليه وسلم لما اهدي له رطب خيبر
اكل تمر خيبر هكذا والعنب بالزبيب كالرطب بالتمر اختلافا ودليلا وقيل لا يصح اتفاقا
كالحنطة المقلية بغير المقلية كذا في الكافي وفي بيع الرطب بالرطب متماثلا كيلا خلاف الشافعي
ودليله في الكافي وكذا بيع البر رطبا بفتح الراء وسكون الطاء او مبلولا بمثله او باليابس
اي يجوز بيع البر الرطب باليابس وبيع المبلول باليابس وبيع التمر او الزبيب منقعين
قالوا انه بفتح القاف مخففا من انقع الزبيب في الخابية اذا القاه ليبتل ويخرج منه
الحلاوة ولكن المشهور بين الفقهاء انه بالتشديد من التفعيل كذا في البناية بمثلهما
اي بمثل التمر المنقع والزبيب المنقع متساويا حال عن الجميع يعني يجوز بيع البر رطبا او مبلولا
بمثله او باليابس وبيع التمر والزبيب منقعين بمثلهما متساويا عند ابح وابي يوسف
خلافا لمحمد في جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف ومتمسكه
ما روينا من حديث سعد وابوح يعتبرها في الحال وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا
الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد واحتج محمد الى الفرق بين هذه الفصول
يعني بيع البر الرطب الى اخره وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها
في اعدل الاحوال وفيه في الحال وهو ان التفاوت يظهر فيها مع بقاء البدلين على
الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا
في المعقود عليه فلا يعتبر وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما
على الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه
فلا يكون معتبرا قال صاحب الاختيار في وجه جواز بيع البر الرطب او المبلول بمثله او
باليابس لان التفاوت بينهما بصنع الله فيجوز واما المبلول فلانه خلق في الاصل يابسا
فالبدل يعيده الى ما خلق عليه فلا يكون متغيرا فصار كبيع الحنطة السليمة بالمسوسة
ويجوز بيع لحم حيوان بلحم حيوان غير جنسه متفاضلا وكذا اللبن يعني
يجوز بيع لبن حيوان بلبن حيوان غير جنسه متفاضلا وقال الشافعي لا يجوز الا متساويا
لان اسم اللحم واللبن يطلق على الكل فيكون جنسا واحدا ولنا ان اصولها مختلفة
الاجناس حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكاة فكذا اجزاؤها والمراد بجوازه جوازه
اذا كان نقدا لان بيعه نسيئة غير جائز اتفاقا والجاموس مع البقر جنس واحد
وكذا المعز مع الضان والبخت مع العراب فكل ما يكمل به نصاب الاخر من الحيوان
في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس فلا يجوز بيع لحم احدهما بالاخر متفاضلا
وكذا الالبان فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع لحم الطير بعضه
ببعض متفاضلا اذا اتحد الجنس وقد جاز قلت انما جاز لانه غير موزون عادة
فلا يكون كيليا ولا وزنيا فلم يتناوله النص الشرعي فلم يحرم بيع بعضه ببعض متفاضلا

مطلب نفع شحم الالية

ويجوز بيع خل العنب بخل الدقل متفاضلا للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما اي عصير الدقل والعنب جنسين بالاجماع والدقل هو اردى التمر وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا وكذا بيع شحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف المعاني فلان المعنى ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فلان الالية حارة رطبة اكثر نفعا من الشحم لصلح لمزاج برودة ويبوسة وتنفع الهضم وليس اللحم كذلك ويجوز بيع الخبز بالبر او الدقيق او السويق متفاضلا لان الخبز عددي او وزني والبر كيلي نصا فلم يجمعهما القدر من كل وجه وكذا الاتجانس بين الدقيق والخبز وكذا بين السويق والخبز فلم يتحقق علة الربا فلا يتحقق الربا وعن ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى على القول الاول قال صاحب الهداية وهذا اذا كانا نقدين فان كان الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعن هذا قال وان كان احدهما نسيئة وبه اي بجوازه وان كان احدهما نسيئة يفتى ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربا الا متساويا لقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وكذا البسر بالتمر لا يجوز الا متساويا لان البسر تمر ولا يجوز بيع البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة مطلقا اي لا متفاضلا ولا متساويا لبقاء المجانسة من وجه لانهما من اجزاء البر والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين البر لاكتنازها في الكيل وتخلخل حبات البر فلا يجوز وان كان كيلا بكيل والنخالة بضم النون والخاء المعجمة ما يخرج من الدقيق يقال له بالتركي كبك ولا يجوز بيع الزيتون وهو ما يتخذ منه الزيت بالزيت والسمسم بالشيرج وهو ما يتخذ من السمسم حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم ليكون الزيادة بالثجير والدهن بمثله والثجير بفتح الثاء المثلثة ثفل كل شيء يعصر ويقال له بالتركي كنجاره ثم اعلم ان بيع احدهما بالاخر على اربعة اوجه ان علم ان الزيت الذي في الزيتون اكثر من الزيت المنفصل لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير وكذا ان علم انه مثله لان الثفل يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان الزيت المنفصل اكثر جاز والفضل بالثفل وهذه الثلاثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او اكثر منه او اقل صح عند زفر لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به لا يفسد البيع وعندنا لا يصح لان الفضل الذي هو متوهم الوجود كالمتحقق في باب الربا احتياطا لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا وشبهة الربا ولا يستقرض الخبز اصلا يعني لا وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة لانه وان امكن وزنه لكن يتفاوت من حيث الطول والعرض والغلظ والدقة ومن حيث الخباز باعتبار حذاقته وعدمها والتنور لانه ان كان جديدا يكون خبزه جيدا وان كان عتيقا يكون خبزه بخلافه ويتفاوت ايضا بالتقدم والتأخر فانه في اول التنور لا يكون مثلها في اخره وهذا هو المانع عن جواز السلم فيه ايضا وعند ابي يوسف يجوز استقراضه وزنا وبه يفتى لانه موزون يعلم بالوزن ولا يجوز عددا منه لتفاوت احاده قدرا فلا يتحقق التساوي وعند محمد يجوز عددا ايضا اي كما يجوز وزنا للتعامل والقياس يترك به كما في الاستصناع ولا ربا بين السيد وعبده لان العبد وما في يده لسيده فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان ماذونا غير مديون فان كان مديونا لا يصح لان دين العبد يمنع ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما ان كان لا يمنع فلا يؤدي عن التعلق فلا يكون ملكا له مطلقا فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه ولا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي اعتبارا بالمستأمن

من اهل

من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهمين لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع ولابي حنيفة ومحمد ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مال اهل الحرب مباح بالاباحة الاصلية في المسلم المستأمن انما منع من اخذه لعقد الامان فلا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي حرم لاجله

باب الحقوق والاستحقاق

قال صاحب العناية فكان من حق مسائل هذا الباب ان يذكره في الاصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان صاحب الهداية التزم ترتيب الجامع الصغير فيما هو من مسائله وهناك هكذا وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع انتهى نقول الفقير والمصنف التزم ترتيب صاحب الهداية فلهذا ذكر مسائل الحقوق في باب على حدة هنا والحق مسائل الاستحقاق به لكن المناسب للالتزام ان يذكر مسائل الاستحقاق في باب على حدة بعده كصاحب الهداية نعم ذكر مسائل الاستحقاق بعد ما ذكر مسائل الحقوق في فصل على حدة لكن بعد تعنون الباب بالحقوق والاستحقاق وصاحب الهداية عنون الباب بالحقوق وذكر مسائلها ثم قال باب الاستحقاق ليت شعري لم ترك اسلوبه يدخل العلو والكنيف في بيع الدار وان لم يذكر بكل حق هو لها ونحوه لان اسم الدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فاستتبع العلو على تقدير ذكر الحقوق وعدم ذكرها لانها اسم لكل ما ادير عليه الحائط والعلو مما ادير عليه الحائط فيدخل وكذلك يدخل الكنيف في اسم الدار لانه تابع للدار ولانها لما كانت اسما لما ادير عليه الحائط والكنيف مما ادير عليه الحائط فيكون من الدار فيدخل تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق لا يدخل الظلة التي تكون على ظهر الطريق وهي التي احد طرفي جذوعها على حائط الدار المبيعة وطرفها الاخر على حائط الجار المقابل او على الا المضروبة في السكة الا بذكر كل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها عند ابي حنيفة وعندهما تدخل ان كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار فصارت كالكنيف ولابي حنيفة ان الظلة تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها وليست بتابعة من حيث ان قرار طرفها الاخر على شيء اخر ولو كان قرار طرفيها بها لدخلت تحت بيعها بلا ذكر كالكنيف ولو كان قرار طرفيها بشيء اخر لم يدخل تحت بيعها ولم يكن تبعا لها اصلا فاذا كان قرار احد طرفيها بالدار المبيعة وقرار طرفها الاخر بشيء اخر لم تدخل ما لم تذكر الحقوق ودخلت اذا ذكرت عملا بالشبهين ولا يدخل العلو في شراء منزل الا بذكر نحو كل حق لان المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ فهو دون الدار وفوق البيت فلمنزلته بين المنزلتين فيعمل على الشبهين حظهما فيدخل العلو فيه تبعا بذكر الحقوق عملا بشبهه بالدار ولا يدخل بدون ذكر الحقوق عملا بشبهه بالبيت ولا يدخل العلو في شراء بيت وان ذكر كل حق ونحوه ما لم ينص على العلو لان البيت اسم لمسقف واحد يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز قال صاحب الكافي قالوا هذا الجواب على هذا التفسير بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا الا دار السلطان فانها تسمى بسراي انتهى ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب في بيع الدار والمنزل والبيت الا بذكر نحو كل حق لان هذه الاشياء وان كانت تابعة للمبيع من حيث انه لا يقصد عينها وانما يقصد بها الانتفاع بالمبيع الا انها اصل بنفسها من حيث انه يتصور قيامها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وتدخل هذه الاشياء في الاجارة بدون ذكر لانها شرعت للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع الا بهذه الاشياء اذ المستأجر لا يشتري هذه الاشياء عادة ولا يستأجرها فلا يتم الا بالدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منها ولا كذلك البيع لانه لم يشرع للانتفاع فقط

فالانسان كما يشتري الشيء لينتفع به فقد يشتري ليبيعه فلا يكون المقصود منه
الانتفاع به فقط • ولهذا جاز بيع ما لا ينتفع به كالارض السبخة والمهر ونحوه •

فصل

لما ذكر مسائل الحقوق شرع في ذكر مسائل الاستحقاق في فصل على حدة فقال البينة حجة متعدية
حتى يظهر في حق كافة الناس لان البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى الى الكل
والاقرار حجة قاصرة على المقر لانه لا يتوقف على القضاء ولا ولاية له على غيره بل على نفسه دون غيره فيقتصر عليه
والتناقض يمنع دعوى الملك لا يتوقف على القضاء لانه يكون متناقضا فيها لا دعوى الحرية •
اما الحرية الاصلية فللخفاء حال العلوق فان الولد يجلب من دار الحرب صغيرا فلا يعلم حرية ابيه
وامه فيقر بالرق ثم يعلم حرية ابيه او امه فيدعي الحرية والتناقض فيما طريقه خفاء لا يمنع
صحة الدعوى • واما المعارضة فلان المولى ينفرد بالاعتاق والتدبير بلا علم العبد فيجري
ايضا فيه الخفاء فيجعل التناقض فيها عفوا فاذا اقام المكاتب بينة على اعتاق سيده
قبل الكتابة تقبل لاستقلال سيده بالتحرير والطلاق فان المرأة اذا اختلعت ثم اقامت
بينة على ان الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع تسمع وان تناقضت للخفاء في تطليقه لاستقلاله
لانه يجوز ان يطلقها ولا تعلم المرأة والنسب كما اذا قال ليس هذا ابني ثم قال
هذا ابني يسمع وكذا اذا قال لست انا بوارث فلان ثم ادعى انه وارث وبين جهة ارثه
تصح فلو ولدت ام مبيعة تفريع على كون البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة •
يعني لو اشترى امة فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقت ببينة تبعها ولدها ان
كان الولد في يده اي في يد المشتري وفائدة هذا القيد تظهر عن قريب ان شاء الله تعالى
وقضي به اي بالولد ايضا وقيل يكفي القضاء بالام يعني اختلفوا في انه هل يكفي
لاخذه بالولد القضاء بالام ام يشترط القضاء بالولد مستقلا فذهب بعضهم الى
انه يكفي القضاء بالام لانه تابع لها فيدخل في الحكم تبعا وقال بعضهم يشترط القضاء
بالولد لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم به مستبدا
قيل هو الاصح لان المسائل التي ذكرها محمد تشير اليه لانه قال اذا قضى الاصل للمستحق
ولم يعلم بالزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم • وكذا اذا كان الولد في يد رجل غائب
فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد • وههنا ظهر فائدة قول المصنف ان كان في يده
وان اقر بها اي بالامة لرجل لا يتبعها ولدها والفرق ما تقرر ان البينة حجة متعدية
فيثبت بها الملك في الاصل والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما
والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة
باثباته بعد انفصال الولد فلا يظهر الاستحقاق في الولد فلا يكون له الولد ولهذا
لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالاقرار ويرجع عند الاستحقاق
بالبينة قال صاحب العناية نقلا عن النهاية هذا اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا
ادعى الولد كان له لان الظاهر انه له انتهى قال مولانا الفاضل سعدي افندي اقول
لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق فان قال لشخص لآخر اشترني فانا عبد فاشتراه
فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا او مكانه معلوما لا يضمن العبد الآمر والا
اي وان لم يكن البائع حاضرا ولم يكن مكانه معلوما ضمن العبد الآمر ورجع على البائع
اذا حضر لان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة الثمن عند تعذر استيفائه
من البائع اذ المشتري انما رغب في شرائه معتمدا على امر العبد اياه بالشراء على اخباره
بانه عبد فيجعل العبد ضامنا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه نفيا للغرور وقد تعذر الاستيفاء
من البائع بان لا يكون البائع حاضرا ولا يكون مكانه معلوما فكان المشتري مغرورا والتغرير
في المعاوضة سبب الضمان دفعا للضرر بقدر الامكان فاذا ظهر حريته واهلية للضمان
وتعذر الاستيفاء من البائع حكم عليه بالضمان ولكن يرجع على البائع اذا وجده لانه قضى دينا عليه

فهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا ولو لم يقل اشترني او قال ولكن لم يقل انا عبد ليس على العبد شيء
في قولهم جميعا وان قال ارتهني فانا عبد فوجده المرتهن حرا فلا ضمان اصلا سواء كان البائع
حاضرا او لا وسواء كان مكانه معلوما او غير معلوم لان الرهن لم يشرع معاوضة بل شرع
لملك الحبس من غير عوض يقابله ويصير بها قبة استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن
ان يجعل الآمر به ضامنا للسلامة وعن ابي يوسف انه لا ضمان على العبد في البيع والرهن
لان الرجوع عليه في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شيء منهما
بموجود فيهما انما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال
ارتهني فانا عبد وهي المسألة الثانية كذا في الهداية ومن ادعى حقا مجهولا في دار
فانكر المدعى عليه ذلك فصولح منه اي عن الحق المجهول على شيء كمائة درهم مثلا فاخذه المدعي
فاستحق بعضها اي بعض الدار فلا رجع عليه اي على المدعي بشيء لو صح التوفيق •
لان للمدعي ان يقول عنيت بدعواي هذا الباقي فلا يثبت حق الرجوع بالشك •
ولو استحق كلها اي كل الدار رد المدعي كل العوض للعلم بانه اخذ عوض ما لم يملكه
فيه كل العوض وفهم منه اي من المذكور صحة الصلح عن المجهول على معلوم لان الجهالة
في الساقط لا تفضي الى النزاع وفهم منه ايضا ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح
لان دعوى الحق المجهول في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعى به حتى لو اقام البينة عليه
لا تقبل ببينة الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فيصح الدعوى وتقبل البينة كذا في الكافي
والعناية قال صاحب التسهيل بعد بيان هذه المسألة الا اذا قامها على اقرار المدعى عليه
فانها تقبل وعليه البناء ولو كان المدعى ادعى كلها اي كل الدار والمسألة بحالها رد المدعي
حصة ما يستحق ولو كان المستحق بعضا من الدار اذ التوفيق غير ممكن لان الصلح
على شيء كمائة درهم مثلا وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك
ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض يقول الفقير قول المصنف او بعضها بالواو
لا يصح وان كان في جميع النسخ التي رأيناها بالواو لانه يشعر بانه لو كان المدعي ادعى كلها
فصولح على شيء ثم استحق كل الدار رد المدعي حصة ما يستحق وليس كذلك بل يرد كل العوض
والمناسب او بعضها بدل الواو اللهم الا ان يقال حصة ما يستحق كل العوض لو استحق
كلها لكنه بعيد كل البعد لعل ما جرى المصنف على اتيانه بالواو هذا المعنى تدبر ولمن باع
فضولي وهو بضم الفاء لا غير وهي نسبة الى الفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة
وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل فضول بلا فضل وسمي من يشتغل بما لا يعنيه فضوليا
وفي اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف في حق الغير بلا اذن شرعي كالاجنبي يزوج او يبيع
ولم يرد في النسبة الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى
فصار كالانصاري والاعرابي كذا في البيانية ملك غيره مفعول باع ان يفسخه المشتري
وللمالك ان يجيزه يعني ينعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك وهو بالخيار ان شاء فسخ وان شاء
اجاز وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي في الجديد وهو رواية عن احمد
لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقد او ما لم يصدر
عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف
تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك فلا نزاع
في ذلك فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التملك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا
لم يقدر على تصرف التملك كان لغوا قلنا ان الحكم يثبت بعقد دليله وهذا التصرف لما كان
موقوفا افاد حكما موقوفا كما ان سبب الباب افاد حكما باتا واما صدوره من الاهل
فلان باهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم واما
صدوره من الاهل فلان باهلية التصرف بالعقل والبلوغ واما المحل فلان محل البيع
المال المتقوم واما وجوب القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع

والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر فيه لاحد من المالك والعاقدين اما المالك
فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن
واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهر فتثبت القدرة الشرعية
تحصيلا لهذه المنافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر
بل عدم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك
وكذلك العجز عن التسليم الا يرى ان بيع الآبق لا يجوز مع وجود الملك فيه فالجواب
ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات
فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك
ما رواه الكرخي في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابرهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال
حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة قال اخبرنا الحي عن عروة البارقي ان النبي صلى الله عليه
اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة
ودينار فدعا له النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة بانه لو اشترى ترابا لربح فيه
لا يقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانا نقول انه دعوى بلا دليل اذ
لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول انه صلى الله عليه وسلم امره ان يشتري له اضحية ولو كان
لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه
تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال
الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان فقال الفضولي
قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال
المالك بعت او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال الفضولي اشتريت
لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة
الى الايقاف على رضى الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته فيرجح لك
بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضى
الغير كذا في العناية ويتعلق بقوله وله ان يجيزه قوله بشرط بقاء العاقدين البايع والمشتري
والمعقود عليه اي المبيع والمالك الاول اما بقاء المشتري فلان الثمن لم يلزمه وهو حي
فلا يلزمه بعد موته واما بقاء البايع فلان التسليم لم يكن لازما عليه فلا يلزمه بعد موته
واما بقاء المعقود عليه وهو المبيع فلان اجازة المالك كالبيع حكما وذلك يقتضي قيام المحل
ولو اجاز المالك في حياته ثم مات وقد هلك المبيع ولا يعلم حال المبيع هل كان قائما وقت
الاجازة اولم يكن جاز في قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع
وقال لا يصح لوقوع الشك في شرط الاجازة واما بقاء المالك فلان الاجازة لا تورث
حتى لو اجاز ورثته بعده لا يصح يقول الفقير لا فائدة معتدا بها في تقييد المالك بالاول
سوى الاطناب على انه غير موجود في الكتب المتداولة وكذا يشترط بقاء الثمن ان كان الثمن
عرضا كما يشترط بقاء المبيع يشترط بقاء الثمن ايضا اذا كان عرضا لان الثمن في
بيع المقايضة مبيع من وجه فيشترط بقاؤه كما اذا باع عبد غيره بثوب فان الفضولي كان
مشتريا ثوبا بعبد الغير والشراء لا يتوقف لان الثمن يلزم في ذمة المشتري بالشراء فيلزمه
بالالتزام بخلاف البيع لان قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير بلزوم العقد فقلنا
بالتوقف لئلا يتضرر الغير واذا اجاز المالك المبيع كان مجيزا نقد ما ملكه عوضا عما اشتري وصار
الفضولي مستقرضا من المالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقراضه يصح في ضمن الشراء وان كان
لا يصح قصدا فيرجع المالك على الفضولي بقيمة العبد لكونه قيميا وبمثل ما باعه ان كان مثليا وما ثبت
جانب الشراء احق من البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد عليه واعتبار جانب البيع
يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل والحاصل ان الثمن ان كان دينا يحتاج في الاجازة الى
بقاء اربعة اشياء العاقدان والمعقود عليه والمالك وان كان عرضا يحتاج الى خمسة اشياء

وهي

وهي ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا لكن الاجازة اللاحقة تكون اجازة
نقد لا اجازة عقد ويكون الثمن العرض ملكا للفضولي انتهى وعن هذا قال
فالثمن العرض ملك الفضولي بسبب ان شراء الفضولي لا يتوقف وينفذ عليه وعليه
اي على الفضولي مثل المبيع لو كان مثليا والا اي وان لم يكن مثليا فقيمته على ما حققنا
وغير العرض ملك للمجيز امانة في يد الفضولي يعني اذا كان الثمن في بيع الفضولي
دينا غير عرض كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني بغير عينهما فاجاز المالك
البيع حال بقاء الاربعة جاز البيع وكان الثمن ملكا للمجيز امانة في يد الفضولي لان الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء وللفضولي ان يفسخ البيع قبل اجازة المالك
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح حيث لا يكون له الفسخ قبل الاجازة
لان الحقوق ثمة لا ترجع اليه لانه سفير ومعبر وصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجيز البيع
يعني لو غصب عبدا فباعه ثم اعتقه المشتري من الغاصب ثم اجاز المولى البيع صح العتق
استحسانا هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وزفر وهو رواية عن ابي يوسف
لانه لا عتق بدون الملك لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف
لا يفيد الملك ولو افاده بالاخرة يثبت مستندا والثابت مستندا ثابت من وجه وغير مصحح
للاعتاق الملك الكامل للحديث ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة
الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق
المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من تركة مستغرقة بالدين حيث يصح وينفذ
اذا قضى الدين بعده قيل وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد
حيث قال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت لك عنه ان العتق باطل
وقال محمد بل رويت ان العتق جائز كذا في العناية يقول الفقير لكن فيه بحث تدبر
ولا يصح بيعه يعني اذا باع المشتري لان بالاجازة يثبت للبايع وهو المشتري الاول
ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره اي لغير المشتري الاول وهو المشتري الثاني ابطله
لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه
الاجازة ولو قطعت يده اي يد العبد عند المشتري فاجيز بيع الغاصب فارشه له
يعني لو قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري الارش ثم اجاز
المالك البيع فالارش للمشتري لان بالاجازة قد تم الملك للمشتري من وقت الشراء لان السبب
الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه
فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وهنا سؤال وجواب في العناية ان شئت
فراجعه ويتصدق المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف ثمنه لانه لم يدخل في ضمانه
لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه
هو ما كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك
لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد وهو ثابت من وجه دون
وجه فلا يطيب الربح الحاصل به كذا في العناية وقال صاحب البيانية وفيه نظر لانه اذا كان
لشبهة العدم اعتبار ينبغي ان يتصدق في جميع الارش لا بالفضل وحده وقال صاحب الكافي
ان لم يكن المبيع مقبوضا للمشتري واخذ يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد
قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان الاخذ بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير
موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه انتهى
يقول الفقير ما ذكره صاحب الكافي محل تامل ايضا ومن اشترى عبدا من غير سيده
ثم اقام البينة على اقرار البايع او السيد بعدم الامر واراد رده لا تقبل بينته
يعني لو اشترى عبد رجل من رجل فاراد المشتري رد العبد وقال انك بعتني بغير امر صاحبه

وجحد البايع ذلك وقال بل بعته بامر صاحبه فاقام المشتري بينة على اقرار صاحب العبد انه لم يامره ببيعه او قام بينة على اقرار البايع بذلك لا تقبل بينته لبطلان دعواه للتناقض اذ اقدام البايع والمشتري على هذا العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه اذ الظاهر من حال العاقل البالغ مباشرة العقد الصحيح النافذ ثم المشتري بدعوى عدم الامر يدعي عدم الامر بعد الاقرار بالامر فكان متناقضا فلم يصح الدعوى والبينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة قال صاحب الكافي وهنا يشكل بما ذكر في الزيادات المشتري اذا صدق مدعيه واقر بان العبد المستحق واخذه المستحق ثم برهن المشتري على اقرار البايع بان العبد للمستحق وهو يريد الرجوع بالثمن يقبل بينته وفرق بان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع بالثمن في مسئلة الزيادات لوجود شرطه وفي هذه المسئلة لا يصح دعوى الرجوع بالثمن لعدم شرطه وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع هذه المسئلة فيما اذا برهن على اقرار البايع او صاحب العبد قبل البيع انه لم يامره فصار متناقضا. والمتناقض لا يصح دعواه ولا تسمع بينته. وموضوع مسئلة الزيادات فيما اذا برهن على اقرار البايع بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته ولو اقر البايع بذلك اي بعدم امر رب العبد عند القاضي فللمشتري الرد ان اراد لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لانه غير متهم فيه فان من انكر شيئا ثم اقر به يصح اقراره بخلاف الدعوى لانه متهم فيها فاذا صح الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما.

ولو اشترى دارا من فضولي وادخلها في بنائه فلا ضمان على الفضولي عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد. وهو قول ابي يوسف اولا وهي مسئلة غصب العقار على ما سياتي في بابه ان شاء الله تعالى كذا في الهداية والكافي قال صاحب الدرر قال في الكنز باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه من اقامة البينة لا الى فعل البايع لان الغاصب لا يحوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قول صاحب الكنز وادخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في بنائه في ذلك انتهى ما في الدرر يقول الفقير فتامل فيما قال صاحب الهداية والكافي وفيما قال صاحب الدرر والزيلعي حتى يظهر لك ما بينهما والله اعلم بالصواب.

باب السلم

لما فرغ من انواع بيع لا يشترط فيها قبض العوضين ولا قبض احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه قبض احدهما او قبض العوضين وقدم السلم على الصرف لكونه يشترط فيه قبض العوضين وفي السلم قبض احدهما وهو بمنزلة المفرد من المركب قال صاحب العناية وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن. وفي اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل باجل قيل وهو المعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت بزيادة شرائط ورد بان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك وعن هذا قال المحقق تعريفه هو بيع آجل بعاجل وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم للآخر اسلمت اليك عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفته فقال الآخر قبلت ويسمى الاول رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب والقبول من رب السلم صح وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اشهد ان الله احل السلم المؤجل وانزل فيه اطول آيات فتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الآية وقوله المؤجل صفة مقررة للسلم على طريقة قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا

من المسلم اليه صح

وبالسنة

وبالسنة وهي ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم واجل معلوم وبالاجماع وهو ظاهر لكن يأباه القياس لانه بيع المعدوم لكنه ترك لما روينا من النصوص ويصح السلم فيما امكن ضبط صفته اي جودته ورداءته ونحو ذلك ومعرفة قدره اي مقداره اعم من الكيل والوزن والذرع لا في غيره لان ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يفضي السلم فيه الى المنازعة بخلاف غيره لانه يكون مجهولا فيفضي الى المنازعة وهذه قاعدة كلية يبتنى عليها كثير مسائل السلم فشرع المصنف في ذكر بعضها لتعرف باقيها بالتامل فيها فقال مفرعا عليها فيصح السلم في المكيل والموزون سوى النقدين فانهما من الموزونات لكنهما لا يكونان مثمنين بل خلقا ثمنين فلا يجوز فيهما السلم. ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش وهذا الاختلاف انما هو فيما اذا اسلم حنطة او غيرها من العروض في الدراهم او الدنانير فيمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او دنانير فانه لا يجوز بالاجماع وفي العددي المتقارب وهو ما لا يتفاوت آحاده كالجوز والبيض عددا وكيلا والكبير والصغير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فيه فانه قلما يباع جوز بفلس واخر بفلسين وكذا كل البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن المتفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون الانواع ويؤيد ذلك ما روي عن ابي ح ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده متفاوتة في المالية وقال زفر لا يجوز السلم في العددي المتقارب كيلا لانه عددي لا كيلي ولا عددا لان آحاده متفاوتة ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد والاخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا.

وكذا الفلوس يعني يصح السلم فيها عددا خلافا لمحمد لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية فيها ليست خلقية وانما هي باصطلاح العاقدين فلهما ابطالها فيها فالعاقدان اعرضا عن ثمنيتها حين عقد السلم فيها وليس من ضرورة خروجها عن الثمنية في حقهما خروجها عن ان تكون عددية كالجوز والبيض فيجوز السلم فيها عددا قال صاحب العناية ذكر جواز السلم فيها عددا وفي الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي ح وابي يوسف واما عند محمد فلا يجوز يقول الفقير والمصنف اختار كونها مختلفا فيها فلذا قال خلافا لمحمد وفي اللبن بفتح اللام وكسر الباء الموحدة جمع لبنة بكسر الباء ايضا وهي التي تتخذ من طين ويبنى بها والآجر بالمد وضم الجيم وتشديد الراء المهملة الطين المطبوخ. اذا سمي ملبن بكسر الميم وفتح الباء الموحدة قالبهما معلوم لان احدهما قد تتفاوت في المالية لكن اذا سمي الملبن يكونان عدديين متقاربين ويصح السلم في المذروعات كالثوب ان بين طوله وعرضه ورقعته اي غلظه ورقته قال صاحب الكافي اعلم ان السلم يصح في الثياب كلها اذا شرط ضربا معلوما وطولا وعرضا بذراع معلوم وصفة معلومة لان مقدار المالية يصير معلوما بذكر هذه الاشياء والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لانه لا يفضي الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ولا يشترط الوزن الا اذا اسلم في الحرير فانه لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن ويصح في السمك المليح اي القديد بالملح يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وزنا ونوعا معلومين لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع وكذا السمك الطري في حينه فقط لا في غير حينه لكونه غير مقدور التسليم لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وجاز في الطري في حينه من حيث الوزن والنوع المعلومين ايضا ولا يجوز السلم فيهما اي في المليح والطري عددا للتفاوت الفاحش وعن ابي ح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده لاشتراكهما في الاختلاف بالسمن والهزال.

ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصفاد
ولا يجوز السلم في الحيوان السلم في الحيوان لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول
لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس
والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمين والهزال والتفاوت بعد
ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمرو بن العاص ان يشتري
بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى اجل وانه صلى الله عليه وسلم استقرض بكرا وقضاه رباعيا
والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي شرطها الخصم يبقى
تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسا متساويين في الاوصاف
المذكورة ولكن يزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المانعة
لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف
وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا او كان في دار الحرب ولا ربا بين المسلم والحربي فيها
وتجهيز الجيش وان كان فجار الاسلام فنقل الالات المهمة في تجهيز جيش الاسلام من الحيل والجمال
وغيرهما كان من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ فكان الامر لهم بشرائها منهم ولم يكن العوض
ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل انه قضاه من ابل الصدقة وحرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك
واطرافه كالرؤس والاكارع جمع كراع وهو ما دون الركبة من الدواب لانها
من العدديات المتفاوتة لان التفاوت بين راس وراس وكراع وكراع معتبر فيما بين الناس
حتى ما سكون لاجل هذا التفاوت ولو اسلم فيها وزنا اختلفوا فيه كذا في الكافي
ولا في جلوده عددا الا انه ما يباع عددا لانها عددية لكن فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها
قال صاحب العناية ولا يتوهم انه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددي تخيله ما يجوز عددا
لم يجوز وزنا بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة ان بين للجلود ضربا معلوما يجوز
لانتفاء المنازعة انتهى ما في العناية ولا يصح السلم في الحطب حزما جمع حزمة بضم الحاء المهملة وسكون
الزاء المعجمة وهي بالفارسية بند هيزم والرطبة جرزا بضم الجيم وسكون الراء المهملة والزاء المعجمة
جمع جرزة وهي بالفارسية دسته اي قبضة من النبات وانما يصح فيهما كالقنفات الا اذا
عرف بيان طول الحطب وعرضه وغلظه وبيان طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فانه
يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت ولا يصح في الجوهر والخرز بالخرز بالنحي بل الذي ينظم فان في كل
منها تفاوتا فاحشا يمنع السلم لانها عدديات متفاوتات تفاوتا بينا حتى لو لم يكن كذلك
مثل صغار اللآلي التي تباع بالوزن صح السلم فيها لانها تعلم بالوزن ولا يجوز السلم في اللحم
طريا عند ابي حنيفة وقالا يصح السلم فيه اذا وصف موضع معلوم منه بان قال من الجنب مثلا
بصفة معلومة بان قال سمين قال صاحب البناية وعندهما يجوز السلم في اللحم اذا بين الجنس
بان قال لحم شاة والسن بان قال لحم ثني والنوع بان قال ذكر والصفة بان قال سمين والموضع
بان قال من الجنب والقدر بان قال عشرة امناء لانه يكون موزونا مضبوط الوصف ولهذا
يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل وله انه مجهول للتفاوت
في قلة العظم وكثرته وفي سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وبقلة الكلا وكثرته واللحم
لا يكون الا موجلا فلا يدري انه عند المحل على اي صفة يكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع
ولا ترتفع بالوصف والحاصل انه لا بد فيه من طريقين احدهما اشتماله على ما هو مقصود وهو اللحم
وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى النزاع ولا ترتفع
ببيان الموضع والصفة والوزن وهذا الطريق يقتضي جوازه في اللحم المنزوع العظم
وهو مختار محمد بن شجاع والطريق الثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس فيه
مختلفة وذلك يختلف باختلاف السنة وبقلة الكلا وكثرته وهذا يقتضي عدم جوازه في منزوع العظم
وهذا هو الاصح كذا في العناية ولا يجوز السلم بمكيل او ذراع معين لكيل
او ذراع لا يدرى قدره لان التسليم في السلم متاخر فربما يضيع الكيل والذراع فيفضي الى المنازعة

وله

ولا في طعام قرية او ثمر نخلة معينة لانه قد يعتريه آفة فينتفي القدرة على التسليم اشار
الى ذلك صلى الله عليه وسلم حين سئل عن السلم في ثمر فلان اما من ثمر حائط فلان فلا ارايت
لو اذهب الله ثمرته بم يستحل احدكم مال اخيه ولا اخفاء في كونه عليه السلام بيانا لبطلان
التعليل لعدم الجواز في ثمر قرية بعينها ايضا وقوله مال اخيه اراد به راس المال اي لو لم يحصل
الثمرة فباي طريق يحل راس المال للمسلم اليه لكن لو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان
صفة تلك الحنطة التي هي السلم فيه كالاشخاص في سمرقند والبخارى في بخارا فوقات مثلا لا باس به ولا
يصح السلم فيما لا يبقى من حين العقد الى حين المحل وهو بكسر الحاء المهملة مصدر قولهم حل الدين
الى حين حلول الاجل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا
فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم
وجوبه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها فالحديث يدل على ان
الوجود معتبر من وقت العقد الى وقت المحل ولانه اسم في فيه عقد والتعليم فلا يصح وهذا لانه
حال العقد والمعدوم لا يقدر على تسليمه وانما يصير مقدور التسليم بالوجود وهو موهوم وبانه
لا يثبت القدرة على التسليم نعم القدرة على التسليم شرط حال وجوبه ولكن كل وقت بعد العقد
يجوز ان يكون حال وجوبه لاحتمال ان يموت المسلم اليه فيحل الاجل قال صاحب العناية وهذا ينقسم
الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او
معدوما اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما
بينهما الاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا
للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لما لك والشافعي وشرطه اي
شرط جواز السلم بيان الجنس كبر او شعير وبيان النوع كسقية بفتح السين وتشديد الياء
بمعنى مسقي او بخسية بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة منسوبة الى البخس وهي الارض
التي تسقيها السماء سميت به لانها مبخوسة الحظ عن الماء وبيان الصفة كجيد او رديء و
بيان القدر نحو كذا رطلا او كيلا بمكيال لا ينقبض ولا ينبسط فلا يجعل الزنبيل كيلا لانه ينقبض
وينبسط فلا يعلم قدره لانه اذا لم يبين هذه الاشياء يقع المنازعة المانعة من التسليم والتسلم
بين رب السلم والمسلم اليه لان المسلم فيه يختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر
فربما يعطي المسلم اليه جنسا او نوعا او قدرا غير ما يطالبه رب السلم وليس الرجوع الى قول
احدهما باحق من الآخر لان كل واحد يصح ان يطلق الاسم فلا بد من بيان هذه الاشياء لينقطع
المنازعة واجل معلوم بان يسلم الى شهر او اكثر والاصل في الباب ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلا يصح السلم الا موجلا
وقال الشافعي يصح حالا وموجلا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم مطلقا فاشتراط التاجيل فيه زيادة على النص ولنا ما روينا انفا
وان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان
وما شرع لذلك لا بد ان يثبت على وجه يندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن معنيه الكلام
والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه اما ان يكون قادرا على
التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقي على اصل القياس
وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم ثم لا بد ان يكون الاجل معلوما لما روينا ولان جهالته
تفضي الى النزاع واقله اي اقل الاجل شهر في الاصح وعليه الفتوى لان من حلف ليقضين حقه عاجلا
فقضاه قبل تمام الشهر بر واذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل
وقيل ثلاثة ايام كالاجل في شرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما قبض في المجلس والموجل ما لم
يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من نصف يوم عادة وبيان قدر راس المال وان كان مشارا اليه
ان كان كيليا او وزنيا او عدديا عند ابي حنيفة حتى لو قال لغيره اسلمت اليك هذه الدراهم في كر ولم يبين
وزن الدراهم او قال اسلمت اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران ولم يبين قدر البر لا يصح عنده

فلا يجوز السلم في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما يعني اذا اسلم مائة درهم في كر بر وكر شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط عنده فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالظن فلا يكون قدر رأس مال كل واحد منهما معلوما حتى لو كان من جنس واحد يصح لان رأس المال منقسم عليهما على السواء ولا يصح السلم بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه قال مولى الشهير باخي جلبي في حواشيه على الصدر الشريعة يعني لو اسلم دراهم ودنانير في كر بر وقد علم وزن احدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده لان اعلام قدر رأس المال شرط عنده فاذا لم يعلم احدهما بطل العقد في حصته فيبطل في حصة الآخر لجهالة حصة الآخر او لاتحاد الصفقة ثم قال قال المولى الشهير بكوسج حسام في شرح الوقاية هذا التصوير انما يستقيم على عبارة الهداية والكافي والزيلعي حيث قالوا او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما فعلى ما في هذه العبارات يكون غير المبين هو رأس المال وهو الصواب كما يفصح عنه التصوير المذكور الذي اختاره صاحب الكافي والزيلعي واما في عبارة الوقاية فيكون الظاهر ان غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه لكونها من تفاريع بيان رأس المال من المسلم فيه لا يخلو عن نوع خفاء كما لا يخفى انتهى وقال مولانا الفاضل المعروف بپاشا وقع في الهداية والكافي هكذا اذا اسلم في جنسين ولم يبين مقدار احدهما فظن بعض شراح الوقاية ان ما فيهما مخالف لما في الوقاية لان الظاهر من ذلك ان غير المبين هو رأس المال والظاهر من عبارة الوقاية ان غير المبين هو حصة رأس المال من المسلم فيه وبينهما مخالفة ظاهرة والحق انه لا مخالفة لان بيان الحصة من المسلم فيه بيان رأس المال كما لا يخفى انتهى يقول الفقير تلخيصه انه اذا بين حصة كل واحد منهما من المسلم فيه يكون كل واحد منهما مبينا معلوما لان بيان حصة كل واحد منهما من المسلم فيه لا يكون الا بان يبين وزن كل منهما هذا غاية ما يقال فيه لكن ما ذكره مولانا حسام الفاضل وارد لا محالة تدبر وبيان مكان ايفائه اي ايفاء المسلم فيه ان كان له حمل ومؤنة كالبر ونحوه وعندهما لا يشترط معرفة قدر رأس المال اذا كان معينا بالاشارة حتى لو قال اسلمت اليك هذه الدراهم في كر بر ولم يعرف وزن الدراهم او قال اسلمت اليك هذا البر في كذا منا من الزعفران ولم يعرف قدر البر يصح عندهما لان المقصود هو الاعلام ليحصل القدرة على التسليم وينقطع النزاع وهذا حاصل بالاشارة الى المعين لانها ابلغ اسباب التعريف فلا يشترط اعلام القدر كما في الثمن وله ان جهالة قدر رأس المال تفضي الى جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ربما يجد بعضه زيوفا فيرده ولا يستبدل في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن رأس المال معلوما لم يدر في كم انتقض السلم وكم بقي واذا كان قدر رأس المال معلوما يعرف المردود فيعلم به في كم انتقض العقد او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والفرض انه لا يكون قائما ولا يدري كم يرد فيفضي الى المنازعة او الى الربا والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي لكونه بيع المعدوم بخلاف ما لو كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ولا يشترط بيان مكان الايفاء ويوفي في مكان عقده عندهما لان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وهو كذلك يتعين كاول اوقات الامكان في الاوامر فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في الاصول فصار كالقرض والغصب في تعيين مكانهما للتسليم وله ان السلم تسليم غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب تحقق التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على وفق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب فان تسليمهما يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه ثم قال ابو حنيفة رحمه الله ارأيت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل وهذا مما لا يقول به عاقل

واذا

واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالب في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلم في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان ومثله اي مثل المسلم فيه في الخلاف في اشتراط تعيين مكان الايفاء الثمن بان باع عبدا حاضرا ببر موصوف في الذمة الى اجل فانه يشترط بيان مكان ايفاء البر عنده وفي الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة بان استاجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف في الذمة فانه يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة في اجارة الدابة والقسمة بان اقتسما دارا وشرط احدهما على صاحبه شيئا له حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء في نصيبه فانه يشترط بيان مكان ايفائه عنده لا عندهما فيتعين مكان القسمة للايفاء وما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والكافور يوفيه حيث شاء في الاصح اتفاقا قال صاحب الهداية وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رحمه الله وهذه رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال يقول الفقير وحاصله ان بيان مكان الايفاء لا يشترط لصحة العقد فيما ليس له حمل ولا مؤنة ولكن هل يتعين مكان العقد مكانا للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع الصغير وبيوع الاصل يتعين وذكر في كتاب الاجارات انه لا يتعين اذا عرفت هذا فاعلم ان الاتفاق في عدم اشتراط بيان مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة والاختلاف في تعيين مكان العقد وعدم تعيينه وايفائه حيث شاء فقول المص يوفيه حيث شاء في الاصح اتفاقا لا يخلو عن شيء لانه يشعر بان الايفاء حيث شاء متفق عليه في الاصح وان ذكر بعضهم انه مختلف فيه وليس الامر كذلك على ما قررنا حاصل ما ذكره صاحب الهداية تدبر ثم قال صاحب الهداية ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا انه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة وقال صاحب العناية هذا اذا لم يكن المصر عظيما ولو كان عظيما بحيث كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى النزاع وقبض رأس المال قبل التفرق بالابدان شرط بقائه اي بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده لانه ينعقد صحيحا اذا وجد بسائر شرائطه ثم يبطل اذا افترقا بلا قبض رأس المال مطلقا سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالعروض اما اذا كان من النقود فلئلا يكون افتراقا عن دين بدين وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اي النسيئة بالنسيئة واما اذا كان من العروض فلان السلم اخذ عاجل بآجل والمسلم فيه آجل فينبغي ان يكون رأس المال عاجلا ليكون حكم على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الصرف ولانه لا بد من تسليم رأس المال الى المسلم اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه كذا في العناية يقول الفقير كفى به في دلالة الدليل الثاني على وجوب القبض قبل الافتراق كلام لا يخفى وانما قيدنا التفرق بالابدان لان العاقدين لو مشيا فرسخا بعد العقد بحيث انعدم اتحاد المجلس ثم قبض رأس المال قبل ان يتفرقا بدنا يجوز والافتراق انما يقع بتواري احدهما عن عين صاحبه حتى انهم قالوا لو دخل رب السلم بيته لاخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون افتراقا قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه اذا اسلم الدراهم في حنطة والدراهم لم تكن عنده فدخل بيته ليخرج الدراهم فان توارى عن عين المسلم اليه عند دخول البيت بطل السلم والا فلا لان المفسد افتراقهما قبل القبض والافتراق انما يقع اذا توارى كل واحد منهما عن عين صاحبه والمتعاقدان عقد السلم او المتصارفان اذا سارا ميلا او اكثر قبل القبض جاز ما لم يتفرقا ولو ناما او نام احدهما ان كانا جالسين لم يكن هذه فرقة للعقد والاحتراز وان كانا مضطجعين فهو فرقة انتهى فلو اسلم مائة نقدا ومائة دينا على المسلم اليه في كر بطل السلم في حصة الدين فقط لفوات القبض فيكون افتراقا عن

وهو منهي عنه بما روينا انفا وصح النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد كما قال زفر فيه
لانه ليس في صلب العقد بل هو طارئ لان السلم وقع صحيحا ابتداء ولهذا لو نقد الدين قبل الفرقة
جاز ثم انهم قالوا هذا اذا اضاف المائتين الى دراهم بعينها واما اذا اطلق العقد ولم يضف الى
المائتين الدراهم بعينها بان قال اسلمت اليك مائتي درهم في كر بر ثم نقد مائة وجعل مائة
قصاصا بدين كان عليه قبل عقد السلم يصح في الجميع ولا يجوز التصرف في راس المال والسلم فيه
قبل قبضه اي قبل قبض المسلم اليه راس المال وقبل قبض رب السلم المسلم فيه اما الاول
فلان فيه تفويت القبض الواجب بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف فيه قبل
قبضه لا يجوز بشركة متعلق بقوله لا يجوز التصرف او تولية هذان مثالان للتصرف في المسلم فيه
وصورة الشركة ان يقول رب السلم لاخر اعطني نصف راس المال ليكون نصف المسلم فيه لك وصورة
التولية ان يقول اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك وانما خصهما بالذكر بعد
دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة قيل احترازا عن قول البعض ان الشركة
والتولية جائزتان كذا في العناية والبيانية بتوقف الفقيه في الوجه الاول وكلام ظاهر الدلالة
وصورة التصرف في راس المال قبل القبض ان ياخذ بدل راس المال شيئا اخر وبحيله على اخر
ولا يجوز شراء شيء من المسلم اليه براس المال بعد التقايل قبل قبضه يعني لو اسلم رجل
عشرة دراهم في كر بر ثم تقايلا السلم فاراد رب السلم ان يشتري براس المال شيئا قبل القبض لم يجز
استحسانا وعند زفر والشافعي يجوز قياسا لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته
فصح الاستبدال به كسائر الديون ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او
راس مالك اي الا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه اذ لا يمكن اخذه حال
قيامه فقد جعل حق رب السلم اخذ المسلم فيه قبل الاقالة واخذ راس المال بعدها فكما
لا يصح الاستبدال بالمسلم فيه قبل الاقالة فكذا لا يصح بعدها براس المال ولو اشترى
المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لما عليه لم يصح حتى لو اقبضناه لا يكون
قضاء لانه اجتمع صفقتان السلم وهذا الشراء فلا بد من ان يجري فيه الكيل مرة بصفقة
بين المسلم اليه وبايعه ومرة بصفقة بين المسلم اليه ورب السلم ولو امر مقرضه بذلك صح
يعني لو كان الكر قرضا لا سلما فاشترى المستقرض كرا من رجل وامر مقرضه بقبضه قضاء
لما عليه صح لان القرض عارية حتى ينعقد بلفظ الاعارة فاذا كان القرض عارية كان ما
اخذه المقرض عين حقه فلم تجتمع صفقتان فاكتفي بكيل واحد لاجل المستقرض بسبب
شرائه من بايعه وكذا لو امر رب السلم بقبضه اي بقبض الكر المشترى له ثم لنفسه فاكتاله
لاجل المسلم اليه ثم لنفسه صح لاجتماع الكيلين ولو اكتال المسلم اليه في ظرف رب السلم با
وهو غائب لا يكون قبضا لان امره بالكيل لم يصح اذا امره تناول عينا مملوكة للمسلم اليه
لا لرب السلم لان حقه في الدين لا في العين وجعل الدين في ظرفه محال وانما تثبت حقه
في العين بالقبض فصار المسلم اليه مستعيرا للظرف منه وقد جعل ملك نفسه فيه فبقي دين رب السلم
كما كان فصار كما لو دفع الداين الى مديونه كيسا ليزن المديون دينه فيه فوزن فيه لم يصر الداين
قابضا ولو اكتال البايع كذلك يعني لو اشترى سمنا اخر طعاما فامره ان يكيله في ظرف المشتري
ففعل البايع والمشتري غائب كان قبضا لان الامر صح لانه تناول ملك الامر لانه يملك العين
بالبيع ولما صح الامر صار البايع وكيلا عنه في امساك الظرف وصار الظرف في يد المشتري
حكما فصار الواقع فيه واقعا في يد المشتري حكما الا يرى انه لو امر المشتري البايع بالطحن
كان الدقيق للمشتري وفي السلم للمسلم اليه لان الامر بالطحن لم يصح في السلم لانه
تلاقى ملك المسلم اليه فصار الحال بعد الامر كالحال قبله وفي الشراء صح الامر لانه لاقى ملك المشتري
بخلاف ما لو اكاله البايع في ظرف نفسه لان المشتري صار مستعيرا ظرفه ولم يقبضه
فلم يصح العارية لانها تبرع فلا يتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه واقعا في يد المشتري
او اكاله في ناحية بيته اي بيت البايع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا

ولو اكتال الدين والعين في ظرف المشتري ان بدأ بالعين كان قبضا وان بدأ بالدين فلا يكون قبضا
صورته رجل اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا اخر بعينه ودفع ظرفه اليه
ليجعل المسلم فيه وهو الدين والمشترى وهو العين فيه فلا يخلو البايع من ان يجعل فيها اولا الدين او العين
فان كان الثاني صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لمصادفته الملك فكان
فعل المامور كفعل الامر واما الدين فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن
استقرض حنطة من رجل وامره ان يزرعها في ارضه فزرعها وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان
يزيد من عنده نصف دينار فزاده وان كان الاول لم يصر قابضا اما العين فلعدم صحة الامر
لعدم مصادفته الملك لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المامور بجعله في الظرف
متصرفا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الامر واما العين فلانه خلط مال المشتري بملكه قبل التسليم
وهو استهلاك عند ابي حنيفة فينفسخ البيع فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلم ينقض البيع
اجيب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري لجواز ان يكون مراده البداية بالعين
وعندهما صح قبض العين فان شاء المشتري رضي بالشركة وان شاء فسخ البيع لان الخلط
ليس باستهلاك عندهما ولو اسلم امة في كر وقبضت اي قبضها المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم
فماتت الامة قبل ردها اي رد السلم بقي التقايل لم يبطل بهلاكها ويجب قيمتها يوم قبضها
ولو ماتت ثم تقايلا صح التقايل يعني اذا اشترى كرا بعقد السلم وجعل راس المال امة
وسلمها الى المسلم اليه ثم تقايلا عقد السلم ثم ماتت الامة في يد المسلم اليه بقي التقايل
ولو ماتت الامة ثم تقايلا صح التقايل لان الجارية راس المال وهو في حكم الثمن في العقد
والمبيع هو المسلم فيه وصحة الاقالة تعتمد قيام المبيع لا الثمن كما مر فهلاك الامة لا يمنع
الاقالة ابتداء وفي الصورة الاولى والصحة في الصورة الثانية فاذا انفسخ العقد في المسلم فيه
انفسخ في الجارية تبعا فوجب عليه ردها وقد عجز عنه فوجب عليه رد قيمتها فيهما اي في الموت
بعد التقايل والموت قبله يقول الفقير كان المناسب للمصنف ان يذكر وجوب القيمة بعد قوله
ولو ماتت ثم تقايلا صح كما في الكنز والدرر هكذا لله در صاحبهما وكذا المقايضة وهي ما
يتعين بما يتعين في الوجهين يعني تبقى الاقالة وتصح بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد
منهما مبيع فيه فيكون العقد قائما ببقاء احدهما فيصح وتبقى بخلاف الشراء بالثمن فيهما
اي في الوجهين يعني اذا اشترى امة بالف فتقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة
ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان الامة هي الاصل في البيع فلا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الاقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لعدم محلها ولو ادعى احد عاقدي السلم بيان الاجل
او ادعى اشتراط الرداءة وانكر الاخر يعني لو قال المسلم اليه كان له اجل وانكره رب السلم وقال
لم يكن له اجل او قال رب السلم كان له اجل وانكره المسلم اليه وقال لم يكن له اجل او قال المسلم اليه
شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشترط شيئا او كان بالعكس فالقول لمدعيهما اي لمدعي
الاجل او الرداءة مطلقا يعني سواء كان مدعيهما رب السلم او المسلم اليه عند ابي حنيفة لانه مدعي الاجل
او الرداءة يدعي الصحة سواء كان رب السلم او المسلم اليه وان انكر خصمه اذ الظاهر شاهد له
لان العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عن المعصية وقالا القول للمنكر
ان كان المنكر رب السلم في الصورة الاولى اي في صورة ادعاء التاجيل يعني اذا ادعى المسلم اليه
التاجيل وانكره رب السلم فالقول لرب السلم عندهما لانه ينكر ما هو حق عليه وهو الاجل بخلاف
ما اذا ادعى التاجيل رب السلم وانكره المسلم اليه لان الاجل ينفع المسلم اليه فاذا انكره يكون
خصمه يكون متعنتا فلا يعتبر انكاره او كان المنكر المسلم اليه في الصورة الثانية اي في صورة
ادعاء الرداءة يعني اذا ادعى رب السلم شرط الرداءة وانكره المسلم اليه فالقول للمسلم اليه
عندهما لانه ينكر حقا عليه وان انكر الصحة فيكون القول قوله ولا الاستصناع وهو ان يقول
لصانع كالخفاف مثلا اصنع من مالك خفا من هذا الجنس بهذه الصفة بكذا باجل
كان يقول له شهر مثلا سلم فيعتبر فيه شرائط السلم فيصح فيما امكن ضبط صفته وقدره

وكان المناسب ان يقول ... لان المذكور ... والدليل على ... الاجل

نعم وفي الاستصناع منه بحو خف وطشت وقمقمة ونحوها اولا كما لثياب ونحو هذه
اما كون الاستصناع باجل سلما اذا لم يتعاملوا فبالوفاق واما اذا تعاملوا فعند ابي حنيفة
سلما وعندهما لا لان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على مقتضاه فيحمل الاجل لا يصير
كما لا يصير السلم استصناعا بحذف الاجل ويحمل الاجل فيه على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه
لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم
بالاجماع لا شبهة فيه وفي تعامل الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى كذا في الدرر
يقول الفقير وتوضيح دليل الامام اعلم هو انا لا نسلم ان اللفظ حقيقة في الاستصناع
فان ذكر الاجل ادخل في حيز الاحتمال فاذا كان محتملا لا ريب ان حمله على السلم اولى لان جوازه
بالاجماع بلا شبهة فيه وفي تعامل الاستصناع نوع شبهة يعني انه فعل الصحابة رضي الله عنهم
في تعامل الاستصناع شبهة كذا في العناية والاستصناع بلا اجل يصح فيما تعومل فيه
كخف وطشت وقمقمة والقياس انه لا يصح لانه لا يمكن تجويزه اجارة لانه استيجار على العمل
في ملك الاجير اذ الاديم ملك الصانع ولا بيعا لانه بيع ما ليس عنده ولا سلما لفقد شرطه
وجه الاستحسان ما روي انه صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما ومنبرا وان المسلمين تعاملوه
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بلا نكير فنزل منزلة الاجماع فهو كدخول
الحمام باجر فانه جاز استحسانا لتعامل الناس وابى القياس جوازه لان مقدار المكث فيه وما يصب
من الماء مجهول وكذا لو قال لسقاء اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجر فانه يجوز للتعامل
وان لم يكن قدر ما يشرب وما يحتجم به من ظهره معلوما والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فقد راوا الاستصناع حسنا فكان حسنا
وهو اي الاستصناع بيع هو مذهب عامة مشايخنا لان محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس
والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه فان قيل كيف يجوز ان يكون بيعا
والمعدوم لا يصح ان يكون مبيعا اجيب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كالناسي
للتسمية عند الذبح فانها جعلت موجودة حكما بعذر النسيان وطهارة المستحاضة
جعلت موجودة حكما لعذر جواز الصلوات كيلا يتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع
المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل والحاجة اذ كل احد لا يجد خفا يوافق رجله ولا
خاتما يوافق اصبعه لا عدة وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد
العقد بالتعاطي ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح كونه بيعا فيجبر الصانع على عمله
تفريع على كونه بيعا ولو كان عدة لا يجبر ولا يرجع المستصنع عنه لو كان من الجانبين فيصح
والمبيع هو العين لا عمله كما ذهب اليه ابو سعيد البردعي قولا بان الاستصناع استفعال من الصنع
وهو العمل فتسمية العقد به دليل على انه المعقود عليه والاصح ان المعقود عليه هو الشيء المستصنع
فرع عليه بقوله فلو اتى الصانع بما صنعه غيره او بما صنعه هو قبل العقد فاخذه المستصنع صح
ولو كان المبيع عمله لما صح ولا يتعين المستصنع بفتح النون للمستصنع بكسرها بلا اختياره
ورضاه فيصح بيع الصانع له اي للمستصنع بفتح النون قبل رؤيته ولو تعين له لما صح بيعه قبل رؤيته
وله اي للمستصنع بكسر النون اخذه وتركه يعني له الخيار بعد رؤيته ان شاء اخذه وان شاء
تركه لانه اشترى ما لم يره وهذا يدل على ان المعقود عليه العين لان خيار الرؤية انما يثبت في بيع العين ولا
للصانع لانه باع ما لم يره فيجبر على العمل كما تقدم انفا وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم
تسليم المعقود عليه بضرر فانه يحتاج الى شراء الاديم والات العمل وافساد بعضها ليحصل ما التزمه
وعن ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما مر واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا
بالصانع فيها لا يرغب غيره في شرائه بتلك الصفة لكن الصحيح ان للمستصنع الخيار ولا خيار للصانع كذا في الكافي
ولا يصح الاستصناع بلا اجل فيما لم يتعارف هو فيه كالثوب يعني لو امر حائكا بان ينسج له ثوبا من غزل
من عنده بدراهم معلومة لم يجز اذ لم يجر فيه التعامل فبقي على اصل القياس وهو عدم الصحة
الا اذا شرط فيه الاجل وبين شرائط السلم فيجوز بطريق السلم على ما تقدم والله اعلم

مسائل شتى

جمع شتيت كمريض ومرضى خبر مبتدأ محذوف اي هذه مسائل

يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع علمت او لا اعلم ان بيع الكلب جائز معلما كان او
غير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد
فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع
به لا اصطياد فان كل كلب يحفظ ويحرس بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته
ويخبر عن الجاني بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف ان بيع الكلب العقور
لا يجوز لانه غير منتفع به فهو كسائر الهوام المؤذية لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن امساكه وامر بقتله
قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية او للزرع وقال
الشافعي لا يجوز بيع الكلب اصلا لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب
والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل ولانه نجس العين فيحرم بيعه
كالخنزير وعكسه الشاة وهذا لان نجاسة العين دلالة نجاسة العين ونجاسة العين دلالة
اهانته وجواز بيعه دليل عزته وهما متنافيان فلا يجتمعان ولنا ما روي ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية كذا في الهداية وقال صاحب العناية واعترض
بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى هو جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل
على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى
الخصم واما اثبات المدعى مطلقا فبحديث ذكر في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص انه
قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيص بنوع ولنا ايضا
انه مال متقوم آلة للاصطياد فصح بيعه كالبازي وهذا لانه خلق لمصالحنا ومنفعتنا ويجري فيه الشح
فكان مالا وابيح الانتفاع به شرعا حراسة واصطيادا فكان متقوما بخلاف الهوام المؤذية
لانه لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول على ابتداء الاسلام حين كان يأمر بقتل الكلاب قلعا لهم
عما الفوا من مصاحبتها فلما ترك الالف سقط ما ثبت تغليظا على انه يجوز ان يقال الحديث
مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قال مولانا الفاضل
سعدي افندي اقول لهم ان يقولوا اطلاق الثمن مجاز لكونه مقصودا بصورته وقرينة المجاز قوله
ان من السحت مهر البغي انتهى ونجاسة عينه ممنوعة اذ يحل الانتفاع بجلده ولئن سلم فتحرم الاكل
دون البيع اما الفهد وسائر السباع فجائز بيعها علمت او لا لانها اموال متقومة كذا في الكافي
والذمي في البيع كالمسلم لقوله صلى الله عليه وسلم اذا بذلوا الجزية فلهم ما للمسلمين وعليهم ما
على المسلمين ولانه مكلف بالمعاملات باتفاق ومحتاج كالمسلم فاستويا في مباشرة العقود التي
وسيلة الى اقامة التكاليف الا في بيع الخمر فانها اي الخمر وهو مؤنث معنوي في حقهم اي في حق
الذمي كالخل في حقنا والا في بيع الخنزير فانه في حقهم كالشاة في حقنا لانهم يعتقدون
اباحة الانتفاع بها وقد امرنا بتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين كتبوا
اليه يا هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخمر والخنزير فقال بلال انهم يفعلون ذلك
فقال عمر لا تفعلوا ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم يعني اجعلوا اربابها ولاة بيعها
حتى يبيعوها ثم خذوا الثمن منهم ومن زوج مشريته لآخر قبل قبضها جاز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثم مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما
يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض والنكاح ليس كذلك ثم اذا جاز النكاح فهل يصير المشتري
قابضا بمجرد التزويج او لا قالوا في القياس يصير بمجرد التزويج قبضا لانه تعييب حكمي حتى لو اشترى
امة فوجد ها ذات زوج له ردها فيعتبر بالتعييب الحقيقي فيكون قبضا حتى ان هلكت بعد ذلك
هلكت من مال المشتري ووجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعله اليه
وبه يصير قابضا وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا وعن هذا قال فان وطئت يعني ان وطئها زوجها
كان الزوج قابضا لها والا اي وان لم توطأ فلا يكون قابضا بمجرد التزويج لما عرفت

فيها

ومن اشترى شيئا فغاب غيبة معروفة بان علم مكانه لايباع في دين بايعه ان طلب بيع المشترى
بثمنه وان برهن انه باعه منه لامكان ان يصل البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري
وان لم يكن غيبة معروفة بان لم يعلم مكانه وطلب بيعه بثمنه يباع فيه اي في الثمن
اذا برهن انه باعه منه اي من الغائب اذا لم يكن قبضه الغائب لان ملك المشتري ظهر باقرار
البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد
في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقر لغيره كان
صح بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك ناقصا على وجه يقتضي
الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات كان المرتهن احق بالرهن
يباع في دينه اذا تعذر الاستيفاء وقيد بقوله اذا لم يكن قبضه لان المشتري اذا قبض المبيع
لم تقبل بينة البائع لان حقه لم يبق متعلقا بالمبيع بل هو دين في ذمة المشتري فتكون
البينة لاثبات الدين والاثبات على الغائب ممتنع عندنا قال صاحب العناية وفيه بحث من
اوجه الاول ان اقامة البينة على الغائب لا تجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك في الغائب
والثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه
والثالث ان ذلك يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق
بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالفرق بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة للنفي
لا للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم
وعن الثاني وجهان احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد
للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان المشتري ليس له
ان يقبض قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك حق البائع وقد تسامح
بتاخيره والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر للبائع احياء لحقه والبيع
يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث بان هذا ليس قضاء على الغائب
وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا
فلا يكون ذلك وقع للتوفيق والله اعلم بالحكم ثم ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول يمسك الفضل
للمشتري حتى يحضر لانه بدل حقه وان كان انقص من الاول رجع البائع على المشتري اذا ظفر به
وان غاب احد المشتريين بان اشتراه رجلان فغاب احدهما والمسئلة بحالها فللحاضر
دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه اذا حضر الغائب حتى ينقده اي يؤدي حصته من النقد
وهو في اصله تمييز جيد الدراهم من رديها ثم استعمل في معنى الاداء حصته لان الحاضر
مضطر في الدفع اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة
وله حق الحبس ما بقي شيء والمضطر يرجع واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس عنه
الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجب عليه تسليم
نصيبه من المبيع والحاضر لا يقبض الا نصيبه واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب
اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك فكان متطوعا بما ادى عن صاحبه
لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض
وان اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما اي الذهب والفضة نصفان اي انصاف
المثقال بينهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه والعطف يوجب الشركة فيجب
خمسمائة مثقال قال صاحب العناية قيل وكان الواجب ان يقيد الذهب والفضة
بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالف فلا بد من بيان الصفة قطعا
للمنازعة ولعله مفهوم بما في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان يقال تركه لكونه معلوما
من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه وان قال بالف من الذهب والفضة
فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة درهم وزن سبعة

يعني

يعني لو قال اشتريت منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب الاشتراك
كما في الاولى للعطف الا انه يجب من الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة دراهم
كل عشرة وزن سبعة مثاقيل لان الوزن المعهود في الذهب المثقال وفي الفضة الدراهم
التي كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل فينصرف الى المعهود ومن قبض زيفا بدل جيد
فيه عالم به فانفقه او هلك فهو قضاء يعني من له على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا
والقابض لم يعلم بانها زيوف فانفقها القابض او هلكت ثم علم فهو قضاء وليس
عليه شيء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد القابض مثل الزيف ويقتضي الجيد
لان حق رب الدين مرعي في صفته كما في قدره ولهذا لو كان المقبوض قائما له ان يرده و
يرجع عليه بمثل حقه ولو قبض دون حقه قدرا لم يسقط حقه في المطالبة بالباقي فكذا
اذا قبض دون حقه وصفا الا انه تعذر تقضي الوصف لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة
بجنسها ولانه يؤدي الى الربا فيصار الى رد مثل المقبوض والمطالبة بالجياد احياء لحقه
في الجودة ولهما ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز بجنس الزيوف فيما لا يجوز الا
فيه من بدل الصرف والسلم جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن
تداركها بايجاب ضمانها لما مر من انه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها ولا بايجاب
ضمان الاصل لان المضمون هو الاصل والجودة من حيث الاصل مستوفى فايجاب الضمان
باعتباره ايجاب له عليه اي ايجاب ضرر على المديون من رد مثل الزيوف لاجل نفع عائد
من اخذ الجياد فيما لا احتياج له الى ان التجوز بين الناس في مثله ولا يظهر له في الشرع
قال صدر الشريعة يرد عليه ان مثل هذا في الشرع كثير فان جميع تكاليف الشرع من هذا
القبيل لانها ايجاب ضرر قليل لاجل نفع كثير وقال صاحب الدرر اقول ليس شيء من تكاليف
الشرع من هذا القبيل فان الضرر فيها دنيوي والنفع اخروي ولا يجوز للعبد ترك النفع
الاخروي لانه حق الله تعالى بخلاف ما نحن فيه فان الضرر والنفع فيه دنيويان ويجوز
ترك النفع الدنيوي لانه حقه وبالعثور على هذا وامثاله عرف عن هذا الفاضل ببناء
الظن انه كثيرا ما يغفل عن دقائق هذا الفن انتهى يقول الفقير في كون النفع الاخروي
حق الله تعالى كلام ولو قال والضرر الدنيوي في التكاليف حق الله تعالى وساق الكلام
الى اخره لكان سالما عن الكلام تدبر وان فرخ طير اي افرخ الطير وفرخ من الافعال
او التفعيل اذا صار ذا فرخ كذا في المغرب او باض في ارض متعلق بهما او تكنس ظبي
فيها يقول الفقير في ارض بعده لكان اسلم تدبر والتكنس الستر ومعناه
دخل في الكناس وهو موضع الظبي وهو ههنا بالفارسي جاي ساختن آهو خويشتن را فهو
اي كل موضع من الفرخ والبيض والظبي لمن اخذه لا لرب الارض لانه مباح سبقت يده الآخذ
اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم
الصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره هذا
اذا لم يعد ارضه للاصطياد وان هيأها للاصطياد فجميع ذلك لرب الارض لانه صار
آخذا له حكما فيعتبر بما لو اخذه حقيقة وههنا سؤال وجواب في الكافي ان شئت فراجع
ووقع في بعض الروايات او تكسر ظبي مكان تكنس يعني لو انكسر رجله في ارض رجل فهو
لمن اخذه لا لصاحب الارض وانما قال تكسر لانه لو كسرها احد فهو يكون للكاسر لا للآخذ
كذا في صدر الشريعة وكذا صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف لا للاصطياد يعني يكون
هو للآخذ لا لصاحب الشبكة او دخل الصيد دارا يكون ايضا للآخذ لا لصاحب
الدار او درهم او سكر نثر فوقع الدرهم والسكر على ثوب فان اعده اي الثوب صاحبه
اي صاحب الثوب لذلك اي لوقوع الدرهم او السكر عليه او كفه اي جمع الثوب الى نفسه بعد
السقوط عليه وان لم يعده له او اغلق صاحب الدار باب الدار بعد الدخول ملكه
وليس للغير اخذه لانه صار بمثل هذه الافعال آخذا له كما لو عسل النحل في ارضه اي جعل النحل عسله في ارضه

مطلب مهم

يقال رجل عسل اي جعل فيه العسل كذا في البيانية او نبت فيها شجرا واجتمع
فيها تراب يجي بان الماء فان العسل والشجر والتراب يكون لصاحب الارض لانه يعد
من انزالها فيملكه صاحب الارض تبعا للارض والانزال جمع نزل بضم النون والزاي
بمعنى الريع وهو الزيادة ثم انه مهد هنا قاعدة كلية خلا عنها اكثر الكتب المتداولة
وهي كالكلام كالملح في الطعام فقال رحمه الله ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد
قال صاحب الدرر ههنا اصلان احدهما ان كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بالشروط
الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضات المالية
دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط
الفاسدة كما مر هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلايمه فيكون فيها فضل خال عن العوض
وهو الربا ولا يتصور ذلك في المعاوضات الغير المالية كالنكاح والطلاق ونحوهما
ولا في التبرعات كالهبة بل يفسد الشرط ويصح التصرف وثانيهما ان التعليق بالشرط المحض
لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به
يجوز تعليقه مطلقا وذلك كالطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز
تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات قال صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه
فما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد اربعة عشر البيع لانه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع وشرط فما فانه يصح في الشرط لا يصح تعليقه بالشرط لانه عينه وقد مر بيانه
في البيع الفاسد والاجارة لانها في معنى البيع والقسمة بين الشريكين بان اقتسما
على ان يكون لاحدهما الصامت وللاخر العروض وجه الفساد انها في معنى البيع من حيث
اشتمالها على الافراز والمبادلة والاجازة بان قال ان زاد المشتري الثمن فقد اجزت
البيع لانها ملحقة بالبيع والرجعة بان قال ان رضيت من زيد فقد راجعتك لانها عقد
والصلح عن مال بان قال ان قدم فلان فقد صالحتك عن الف على هذا العبد لانه معاوضة مال
بمال فيكون بيعا والابراء عن الدين بان قال للمديون ابرأت ذمتك عن ديني بشرط ان
الحساب في الابراء وتصحيحه في اي وقت شئت او قال ان دخلت الدار فقد ابرأتك عن ديني
لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد فيفسد بالشرط الفاسد كالبيع قال صاحب الدرر
الا اذا علق بشرط كائن واقع فانه لا يفسد بهذا الشرط حتى لو قال المديون مال صاحب ديونه
فقال للشريك تراداده فقال المدعي ان اعطيته شريكي فقد ابرأتك والحال انه اعطاه اياه
صح الابراء لان هذا تعليق بشرط كائن والتعليق بشرط كائن تنجيز كذا في الاستروشنية
وعزل الوكيل بان قال ان قدم فلان عزلتك عن الوكالة لانه من باب الاسقاط المحض الذي لا يحلف به
فلا يجوز تعليقه بالشرط والاعتكاف بان قال ان قدم فلان علي ان اعتكف رجبا شهرا
لانه حبس النفس في طاعة الله فلا يجوز تعليقه بالشرط والمزارعة بان شرط فيها على العامل الحصاد
والدياس والمعاملة اي المساقاة بان دفع الى رجل نخله معاملة سنين معلومة على ان
يقوم عليه ويسقيه فما اخرج الله تعالى من الثمر فهو بينهما نصفان وعلى ان لرب النخل على العامل
مائة درهم لانهما اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة والاقرار بان قال
لفلان علي الف ان امطرت السماء او هبت الريح لانه اخبار متردد بين الصدق والكذب
فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في العقود الا انه بيانه
ليبين انه ليس بما يقع قبل وجود الشرط والوقف بان قال وقفت داري على كذا اذا جاء
رأس الشهر لان فيه تمليك المنفعة وكذا التحكيم كرجلين قالا لاخر اذا قدم فلان فاحكم
بيننا في هذه الحادثة عند ابي يوسف فانه تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضي الخصمين فقطع
الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه بالشرط وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك خلافا
لمحمد فانه قال لا يبطل قال الفقيه بقي الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يتعرض فيه لقول ابي ح
وقد قال بعض شارح الكنز فانه لا يصح عند ابي ح وعليه الفتوى ولم يتعرض لقول الامام ح

وما

وما لا يبطل بالشرط الفاسد ستة وعشرون القرض والهبة والصدقة لانها عقد
تبرع ولان ثبوت الملك في هذه الصورة تعلق بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل
بالشرط الفاسد بناء على ان الشرط الفاسد انما يؤثر في العقود الشرعية لان الحسيات اذا
وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان يجعل عدما بل يبطل الشرط ههنا لمخالفته موجب العقد والنكاح
والطلاق والخلع لان النكاح مما يثبت بالشبهة والبضع ليس بمال عند الخروج والعتق
لانه ازالة الملك واليد والرهن لانه استيثاق والايصاء بان قال لاخر جعلتك وصيي بشرط
ان لا تخرج من الوصاية وان ظهر منك الخيانة والوصية بان اوصى بثلث ماله لام ولده ان لم تتزوج
لعدم لزومها والشركة والمضاربة لانها عقد توثق والقضاء والامارة بان قال اذا
قدم فلان فانت قاضي البلدة او اميرها لعمومهما والكفالة والحوالة والوكالة لانها عقود
شرعت للتأكيد والاقالة لانها فسخ البيع والكتابة لانها تزيل اليد فكانت كالعتق
قال صاحب الدرر الا اذا كان الفساد في صلب العقد وصلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وفي البيع
بالعوضين فكل فساد يكون في احد العوضين يكون فسادا في صلب العقد قال الزيلعي
الكتابة اعلم لا تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على
ان لا يخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط
واما اذا كان الشرط المفسد داخلا في صلب العقد بان كاتبه المسلم على خمر او خنزير فانها
تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى و
تشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد
ان كان المفسد في صلب العقد ولشبهها في النكاح لا تبطل بالشرط انتهى وبهذا يعلم
قال في الاستروشنية والعمادية اولا وتعليق الكتابة بالشرط لا يجوز وانما تبطل بالشرط مبني
على كون الفساد في صلب العقد وما قال ثانيا الكتابة بشرط متعارف وغير متعارف تصح و
يبطل الشرط مبني على كون الشرط زائدا ليس في صلب العقد انتهى ما قاله صاحب الدرر رحمه الله
وقدس سره واذن العبد في التجارة بان يأذن المولى لعبده بشرط ان يوقت اذنه بشهر او سنة
او نحوهما لانه ليس بعقد بل هو اسقاط الحجر والاسقاطات لا يتوقف ودعوة الولد بان يقول
المولى ان كان هذه الامة حمل فهو مني لان النسب مما يحتاط في ثبوته والصلح عن دم العمد
بان قال ان قدم فلان فقد صالحتك عن دم موروثي على كذا لان العمد مما يندرئ بالشبهات وكذا الالف
عنه ولم يذكره اكتفاء به اذ ليس بينهما كثير فرق فان الولي اذا قال للقاتل عمدا ابرأتك منه على ان لا تقيم
في هذه البلدة مثلا او صالحه عنه عليه صح الابراء والصلح ولا يعتبر الشرط والصلح عن الجراحة بان
شج من شجه خطأ فصالح على شرط ان يعطي الشاج زيادة من ارش الموضحة او كان عمدا فصالح
على خمسمائة بشرط ان ينقص المشجوج بعد شهر فالصلح جائز وشرط الزيادة في الاول والنقص
بعد شهر في الثاني باطل كذا في شروح الكنز قال صاحب الدرر رحمه الله وعن الجراحة التي فيها القصاص
ثم قال في شرحه فان الصلح اذا كان عن الجراحة التي فيها الارش كان من القسم الاول وكذا اذا كان عن القتل
الخطأ يكون من القسم الاول ايضا انتهى اقول ولا يخفى ما بين ما ذكر في شرح الكنز وبين ما ذكره
صاحب الدرر من شبه المخالفة تدبر وعقد الذمة بان صالح الامام على مال على ان يأخذ منه كذا من الرؤس
او من الارض خاصة فانه لا يبطل بالشرط ويصح العقد لانه يثبت العصمة وتعليق الرد بالعيب
او بخيار الشرط بان يقول المشتري ان لم ارد هذا الثوب المعيب عليك فقد رضيت بالعيب او بان يقول
ان لم ارد المبيع اليوم فقد ابطلت خياري لا يصح الشرط وله الرد بالعيب وخيار الشرط لانه يثبت بالشرع
او باشتراطهما وعزل القاضي بان يقول الامام للقاضي اذا وصل اليك كتابي فانت معزول
فيبطل الشرط ولا يكون معزولا وبه يفتى كذا في العمادية والاستروشنية وقيل يصح الشرط ويكون
معزولا قياسا على القضاء قال صاحب الدرر وانما لم يبطل هذه التصرفات بالشروط الفاسدة
لانها اما معاوضات غير مالية او تبرعات او اسقاطات انتهى يقول الفقير
والمصنف لم يذكر ما يصح اضافته الى المستقبل وما لا يصح واقتصر القاعدة على ما ذكر

لكن قال صاحب الدرر وما يصح اضافته الى المستقبل اربعة عشر الاجارة
وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية
بالمال والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف وما لا يصح اضافته الى
المستقبل عشرة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة
والصلح عن مال والابراء عن الدين وبيّن كل واحد منها بما لا مزيد عليه ان شئت فراجعه

كتاب الصرف

وهو بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم
ما يدل على تاخيره عن السلم في اول باب السلم ويسمى هذا العقد صرفاً لاجل المعنيين
اما للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل لغة واما لانه لا يطلب
الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلهما من الجودة والصياغة
اذ النقود لا ينتفع باعيانها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب
فلو لم يطلب الزيادة والعين حاصلة في بدله ما كان فيه فائدة اصلاً فلا يكون مشروعاً
وقد دل على مشروعيته قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا وقوله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة ناسب ان يسمى صرفاً لانه
ومنه اي ومن كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفاً قال النبي عليه السلام
من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله صرفاً ولا عدلاً والصرف النافلة والعدل هو الفرض
سمي به لكونه اداء الحق الى المستحق فيكون عدلاً هو بيع ثمن بثمن تجانسا كبيع الذهب بالذهب
او الفضة بالفضة اولا كبيع الذهب بالفضة او بالعكس وشرط فيه اي في الصرف مطلقاً تجانسا او
تجانسا اولا التقابض قبل التفرق بدناً حتى لو ذهبا ماشيان في جهة واحدة او
ناما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح على ما مر بخلاف خيار المخيرة
حيث يبطل بما يدل على الرد والقيام دليله وانما شرط التقابض لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
يداً بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وان وثب من سطح
فثب معه وصح بيع الجنس بغيره يعني الذهب بالفضة او بالعكس مجازفة وبتفضيل
لكن بشرط التقابض لجواز الفضل عند اختلاف الجنس ولم يذكر التساوي لانه ليس
محل الاشتباه حتى يحتاج الى البيان لا بيعه اي بيع الجنس بجنسه الا متساوياً لا مجازفة
ولا بفضل لما مر في الربا من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة
مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربوا وفي المجازفة احتمال الفضل فلا يجوز وان اختلفا
جودة وصياغة اذ لا عبرة لهما لما مر في الربا فان بيع الجنس بالجنس مجازفة ثم علم
التساوي قبل التفرق جاز والا فلا قال صاحب العناية البيع بجنسه مجازفة لا يجوز
اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بالتساوي
حالة العقد شرط صحته لان الفضل موهوم والموهوم في هذا كالمتحقق والنبي
صلى الله عليه وسلم لم يرد المماثلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة
في علم العاقدين ولم توجد وزناً في المجلس وعلما به تساويهما كان القياس ان لا يجوز
لوقوع العقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس
واحدة وقال زفر اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط
هو المماثلة في علم العاقدين وقد وجدت ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه
فلو باع ذهباً بفضة واشترى بها اي بالفضة ثوباً قبل القبض فسد بيع الثوب
لفوات القبض المستحق بالعقد حقاً لله تعالى لهذا النسئة حرام حقاً لله تعالى والقياس الى
يقتضي جوازه كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين ثمناً كان او ديناً فينصرف العقد
مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف في ذلك سواء قلنا الثمن في باب
الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس احدهما اولى

بكونه مبيعاً فيجعل كل واحد منهما مبيعاً من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض
لا يجوز قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخله الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك
في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير لا في الاثمان الخلقية
ولو اشترى امة تساوي الفاً مع طوق قيمته الف بالفين متعلق باشترى ونقد الفاً فهو ثمن
الطوق وان لم يبين لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقاً للشرع لكونه بدل الصرف
وقبض ثمن الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان
بالواجب تفريغاً للذمة ولو اشتراها اي الامة التي معها طوق بالفين الف نقد والف
نسيئة فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في بيع الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما
المباشرة على وجه الجواز ولو اشتراها بالفين نسيئة فسد في الكل اما في الطوق فلفوات
التقابض واما في الامة فلان المفسد مقارن للعقد وقد تقرر الفساد في الكل حيث
ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي وان اشترى سيفاً حليته خمسون بمائة
ونقد خمسين فهو حصة الحلية وان لم يبين انها حصة الحلية لان قبض حصة الحلية في المجلس
واجب والظاهر من حال المسلم ان لا يترك الواجب فيحمل عليه وان لم يبينه ولم ينو كما اذا ترك
سجدة صلاتية في الصلاة وسهى ايضاً ثم اتى بسجدتي السهو وسلم يصرف احدى سجدتي السهو
الى الصلاتية والاخرى الى السهو وان لم ينوها ليصح صلاته او قال خذ من ثمنهما لانه قد يعتبر
بالمثنى عن الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما لانهما يخرجان
من المالح لا من العذب وقال فنسيا حوتهما والناسي صاحب موسى وهو يوشع بدليل
قوله تعالى فاني نسيت الحوت وقال قد اجيبت دعوتكما والداعي كان موسى عليه السلام
فيحمل عليه بظاهر حاله وكذا في المسئلة السابقة اذا قال خذ هذا من ثمن الامة والطوق
وان تفرقا بلا قبض شيء صح البيع في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر لانه امكن افراده
بالبيع فصار كالطوق والامة والا اي وان لم يتخلص بلا ضرر بطل البيع فيهما اي في
السيف والحلية اما السيف فلانه لا يمكن تسليمه بغير ضرر ولهذا لم يجز افراده بالعقد
كالجذع في السقف واما الحلية فلما مر انه صرف وهذا اي جواز بيع السيف المحلى بجنس الحلية
اذا كان الفضة المفردة ازيد مما فيه بان كانت فضة الحلية خمسين درهماً والفضة المفردة
ستين درهماً لان مقدارها يقابلها والزائدة في مقابلة الجفن وان كانت الفضة مثل
الفضة الحلية في القدر او اقل بان كانت اربعين درهماً بطل العقد وكذا اذا لم يعلم قدر
الحلية للربا او لاحتماله كذا في الهداية والكافي يقول الفقير بقي احتمال اخر في هذه المسئلة
وهو ان يقول خذ هذا من ثمن السيف خاصة على تقدير نقد الخمسين ما يكون حكمه قال ابن الملك
في شرح مجمع البحرين نقلاً عن المحيط ولو قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة ينظر ان لم يكن التمييز
الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعاً وان امكن التمييز بغير ضرر صح في السيف
لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف لكن
قال صاحب العناية وان قال هذا من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او لا وتفرقا على ذلك
انتقض البيع في الحلية ولم يبين الفرق بين التمييز بغير ضرر وعدمه تدبر وان باع
اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا قبل قبض الباقي صح فيما قبض فقط وبطل فيما
لم يقبض والاناء مشترك بينهما لانه صرف كله وقد وجد التقابض في البعض دون البعض
فيصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد شرطه والفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق
لا عن قبض فلا يتعدى الى ما بقي لا يقال ان فيه تفريق الصفقة لان التفرق من جهة الشرع
باشتراط القبض لا من العاقد فصار كهلاك احد العبدين وان استحق بعضه اي بعض الاناء
في هذه المسئلة اخذ المشتري ما بقي بحصته او رده لان الشركة عيب في الاناء لانتقاصه
بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف ما مر لان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق
قبل نقد كل الثمن ولو استحق بعض قطعة نقرة اشتراها اخذ الباقي بحصته بلا خيار

لانه المشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء والمراد بالنقرة
فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص وصح بيع
درهمين ودينار بدينارين ودرهم وبيع كرّين وكر شعير بكري بر وكري شعير استحسانا
وقال زفر والشافعي لا يصح قياسا لان هذه صفقة اشتملت على بدلين مختلفين فوجب
ان يكون الكل مقابلا بالكل على سبيل انقسام الاجزاء بالاجزاء بطريق الشيوع بان ينقسم
كل بدل من الجانب على البدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين
من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل اذ الدراهم والدينار والحنطة
والشعير من احد الجانبين اكثر فيتحقق الربا وفي صرفها الجنس الى خلافه تغيير تصرفه واثبات
مقابلة لا دليل عليها في لفظ نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف
قلنا المقابلة المطلقة يحتمل مقابلة الجنس بالجنس وبخلاف الجنس فيحمل على خلاف الجنس
تصحيحا لتصرفه وليس فيه تغيير اصل التصرف بل وصفه اذ موجبه ثبوت الملك في الكل بمقابلة
الكل وهو حاصل بهذا الوجه ومن اراد تفصيل هذا المقام وتوضيحه بما لا مزيد عليه فليراجع
الى الكافي وصح بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار بان يكون عشرة بعشرة دراهم
ودرهم بدينار بالطريق المذكور لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روي من الحديث
المشهور فالظاهر انه اراد به ذلك حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد
فبقي الدرهم بالدينار وهو جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما وصح بيع درهم صحيح
ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة للتساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة
والغلة بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط
او طسوج او حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وفي
بعض الحواشي دراهم غلة ان تكسرة وصح بيع دينار بعشرة عليه ويقع المقاصة بنفس العقد
لان الدين لم يجب بالعقد بل كان ثابتا قبله وسقط باضافة العقد اليه ولا ربا
في دين سقط او بعشرة مطلقة يعني صح ايضا ان باع الدينار ممن له عليه عشرة دراهم
ولكن لم يضف العقد الى ما في ذمته بل الى عشرة مطلقة غير مقيدة بكونها عليه ان دفع
الدينار ويتقاصان العشرة بالعشرة التي عليه اذ صار لكل واحد منهما على الآخر عشرة
دراهم فتقاصا العشرة بالعشرة فيكون التقاص فسخا لبيع الدينار بالعشرة المطلقة
وبيعا للدينار بعشرة عليه اذ لو لم يحمل عليه لكان استبدالا لبدل الصرف وهو لا يجوز
وفي قوله ويتقاصان اشارة الى ان التقاص لا يقع بنفس العقد كما في المسئلة الاولى
لان الواجب بهذا العقد ثمن لا يجوز اسقاطه ولا استبداله لانه بدل الصرف والدين ليس
بهذه الصفة فلم يكن الدين وفاء بذلك الثمن بنفس العقد لعدم التجانس يقول الفقير
الظاهر ان قوله ويتقاصان معطوف على قوله دفع فيكون الصحيح ويتقاصا بسقوط
نون التثنية اللهم الا ان يقال انه ليس معطوفا عليه واما هو مستأنف لكنه بعيد ولو قال
وتقاصا بصيغة الماضي كما وقع في سائر الكتب لكان اتم تدبر وما غالبه الفضة او الذهب
فضة وذهب لف ونشر مرتب حكما بناء على ان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة
لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون خلقيا كما في الرديء منها فيلحق القليل بالرداءة
فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على
الدراهم الفضة كانت في حكم الفضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب كانت في حكم الذهب
فيعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص به اي بغالب الفضة
او بغالب الذهب ولا بيع بعضه ببعضه الا متساويا وزنا استثناء من مجموع ما
في قوله فلا يجوز ولا يجوز استقراضها الا وزنا كما في الجياد وما غلب عليه الغش منهما اي من الفضة
والذهب بحيث لا يتميز عن الغش الا بضرر فهو في حكم العروض اعتبارا للغالب بناء على
ان العبرة للغالب في الشرع فيهما اي ما غلب عليه الغش بالخالص على وجوه حلية السيف

يعني

يعني ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم او اقل او لا يدرى لا يصح وان
كانت اكثر يصح ان يفترقا بلا قبض كما هو حكم حلية السيف على ما بينا في موضعه ويصح بيعه
اي بيع الغالب الغش بجنسه متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس بشرط التقابض في المجلس
لانه في حكم شيئين فضة ونحاس فيه فيشترط التقابض في المجلس لوجود الفضة في
الجانبين ومعنى شرط التقابض في الفضة اعتبر في النحاس لعدم تميزه عنه الا بضرر ويصح
التبايع والاستقراض بما يروج منه اي من غالب الغش وزنا ان كان يروج وزنا او عددا
ان كان يروج عددا او بهما اي بالوزن والعدد اي بكل منهما ان كان يروج بهما لان المعتبر
فيما لا نص فيه العادة يقول الفقير لا يخفى ما في تقرير المصنف من المسامحة بناء على ظهور المراد
ولا يتعين بالتعيين ما دام يروج لكونه ثمنا ما راج فلا يتعين بالتعيين كما هو حكم الاثمان
فان هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله ولو اشترى به فكسد قبل النقد
بطل البيع عند ابي حنيفة لان ثمنيته عارضة فاذا كسد بقي المبيع بلا ثمن فيبطل البيع ويرد المبيع
لو قائما ومثله او قيمته لو هالكا وقالا لا يبطل البيع لان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم
بالكساد وانه لا يوجب الفساد لانه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج فصار
كما لو اشترى بالرطب فانقطع اوانه واذا بقي العقد عندهما وقد تعذر تسليمه فيجب القيمة
وعند هذا قال ويجب قيمته اي قيمة الغالب الغش يوم البيع عند ابي يوسف لانه مضمون بالبيع
وقيمته آخر ما تعومل به اي قيمته يوم الكساد عند محمد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك
اليوم ثم اعلم ان المراد بالكساد ترك الناس المعاملة به لكن هل يلزم الترك في كل البلاد او
يكون الترك في البلد الذي وقع فيه العقد قال صاحب العناية ونقل عن عيون المسائل ان عدم
الرواج انما يوجب فساد العقد اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه يصير هالكا ويبقى
البيع بلا ثمن واما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه
لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال اعطني مثل النقد الذي وقع عليه العقد
وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد واما على قولهما
فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين
فعندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل
فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا كذا في العناية وما لا يروج منه اي من
الغالب الغش يتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة ويبطل بهلاكه قبل التسليم
يقول الفقير كان الانسب ذكره مقدما على قوله ولو اشترى به فكسد الخ كما وقع في سائر الكتب هكذا
تتبع والمتساوي الغش كمغلوبه في التبايع والاستقراض حتى لا يجوز البيع به ولا
اقراضه الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية ولا ينتقض العقد بهلاكه قبل التسليم و
يعطيه مثله لان الخالص موجود فيه حقيقة فلم يصر مغلوبا فيجب اعتباره بالوزن شرعا
وكذا في الصرف يعني المتساوي الغش كمغلوبه في الصرف ايضا حتى لا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا وقيل كغالبه اي كغالب الغش حتى يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ولو باعه بالخالص
لم يجز حتى يكون الخالص اكثر مما فيه من الخالص فان احدهما لما لم يغلب على الآخر وجب اعتبار
ويجوز البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين لانه ثمن بالاصطلاح ما دامت تروج فلا
يحتاج الى التعيين واذا كان كذلك فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل يخير بين
ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد فان كسدت يعني اشترى بها شيئا
فكسدت قبل التسليم فالخلاف في كسادها كما في كساد المغشوش يعني يبطل البيع عند
ابي حنيفة خلافا لهما قال صاحب العناية قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الخلاف
مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكروا بطلان البيع عند كساد
الفلوس في هذه المسئلة من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة وذكر الفقيه نقلا الكتب
المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار

وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا
وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمها والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم
البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع اوانه وهذا بظاهره قوله عندنا وان دل
على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر يمنعه لانه دليل الامامين في كساد الدراهم المغشوشة
حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا ههنا يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي
يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك انتهى ولو استقرضها اى الفلوس فكسدت رد
مثلها عند ابي حنيفة لانه اعارة وموجب الاعارة رد عينه حقيقة لكن لما كان هذا قرضا
والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين
لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهي لا تجوز وهنا سؤال وجواب في
العناية ان شئت فراجعه وعند ابي يوسف يرد قيمتها يوم القبض وعند محمد يرد قيمتها
يوم الكساد والحاصل انه يجب رد قيمتها عندهما لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها
كما قبض وليس المثل المجرد عن الثمنية في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا
فانقطع لكن عند ابي يوسف يلزم قيمتها يوم القبض وعند محمد يوم الكساد واصل الاختلاف
بين ابي يوسف ومحمد فيمن غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف يجب القيمة يوم الغصب
وعند محمد يوم الانقطاع وسيجيء ان شاء الله تعالى في كتاب الغصب وقول محمد انظر للمقرض
والمستقرض لان على قول ابي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابي يوسف
يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمتها يوم القبض اكثر من قيمتها يوم الكساد وهو ضرر
بالمستقرض فكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر لان قيمتها يوم القبض معلوم
للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمتها يوم الكساد تشتبه على الناس ويختلفون فيها
فكان قوله ايسر ولا يجوز البيع بغير الثمانية ما لم يتعين لانها سلع فلا بد من تعيينها
ومن اشترى بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس جاز ونحوه
او دانق بفتح النون وكسرها سدس الدرهم يحتمل ان يكون عطفا على درهم وان يكون
معطوفا على نصف وهو الظاهر تدبر فلوس او قيراط وهو نصف الدانق فلوس وفي
بعض النسخ بنصف درهم فلوسا او دانق او قيراط منها والمعنى واحد مع كون
العبارة الثانية احضر جاز البيع عندنا وقال زفر لا يجوز لانه اشترى بالفلوس
وهي تقدر بالعدد لا بالدرهم ولا بالدانق ولا بالقيراط فلا بد من بيان عددها وذكر
الدرهم او الدانق او القيراط لا يغني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع
من الجواز قلنا فرض المسألة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس او بدانق
او بقيراط معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد وعن هذا قال
وعليه او على المشتري ما يباع بنصف درهم او دانق او قيراط يحتمل ايضا عطفهما على نصف
على درهم منها اى من الفلوس ولو اشترى بدرهم فلوس جوزه ابو يوسف لانه معلوم
عند الناس فعليه ما يباع بدرهم منها ومنعه لان القياس كان يابى جواز مثل هذا الشراء
الا انه ترك القياس فيما دون درهم لجريان العادة عليه والاصح انه يجوز في الدرهم ايضا
بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف كذا في العناية ولو دفع الى
صيرفي وهو من يميز الجودة والرداءة قال صاحب المغرب صرف الدراهم باعها بدراهم
او دنانير واصطرفها اشتراها وللدراهم على الدراهم صرف في الجودة والقيمة اى فضل
وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصيرف وصيرفي انتهى درهما
وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اى ما هو من الفضة على وزن نصف درهم
وحاصله درهم صغير وزنه نصف درهم كبير الا حبة فسد في الكل عند ابي حنيفة لاتحاد الصفقة
وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعندهما صح في الفلوس
وبطل في الفضة لانه قابل نصف درهم بالفلوس فلا مانع فيه من الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربا فلا يجوز

ولو كرر

ولو كرر اعطني بان قال بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة صح في الفلوس
فقط ولم يصح في الفضة اتفاقا لانه لما كرر اعطني صار عقدين وفي الثاني ربا وفساد
احد البيعين لا يوجب فساد الاخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبعني بنصفه
دنانا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولا يشيع الفساد لتعدد الصفقة
قال صاحب العناية وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليمان
وشيخ الاسلام ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كرر لفظ اعطني لاتحاد الصفقة
فان قوله اعطني مساومة وتكرارها لا يكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد
البيع فان من قال بعني وقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الاخر قبلت واذا كان
لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكررها قيل والاول اصح وهو اختيار صاحب
الهداية انتهى وقال مولانا محمد الواني في تعليقته على الدرر الظاهر ان في الكلام مطويا
بناء على ظهور المراد يعني لو كرر اعطني فاجابه البائع بما ينعقد به البيع فلا يرد ان قوله
اعطني مساومة وتكريرها لا يتكرر العقد فان احدا لو قال بعني فقال الاخر بعت لا ينعقد
البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها
انتهى يقول الفقير كلامه حق لكنه قصر في تقدير المطوي والظاهر اعتماده ايضا على ظهور المراد تدبر
ولو قال اعطني به اربا الدراهم نصف درهم فلوس قال ابن الهمام يجوز في فلوس الجر صفة
لدرهم والنصب صفة لنصف وقال مولانا سعدي افندي ويجوز على رواية الجر ان يكون صفة
للنصف والجر للجوار يقول الفقير الاولى نصبه على انه صفة لنصف او بدل منه او الجر على الجوار
والجر على انه صفة لدرهم بعيد تدبر ونصفا الا حبة صح في الكل والنصف يقول
الفقير لو قال فالنصف بالترتيب لكان اولى بنصف الا حبة بمثله والفلوس بالباقي
قال صاحب العناية والفرق بينها وبين الاولى وهو انه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يباع
من الفلوس بنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس

كتاب الكفالة

عقب البيع بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة
انتهاء فناسب ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة والكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
اى ضمها الى نفسه هذا قراءة التخفيف وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اى جعله كافلا لها وضامنا
لمصالحها على ان الفاعل هو الله تعالى وقال صلى الله عليه وسلم انا وكافل اليتيم كهاتين اى ضام اليتيم الى
والكفالة من الامور التي يقتضيها النقل ويرتضيها العقل فانها اظهر الشفقة والغضاء لكلها ومكارم
الاخلاق جعلها علية تها متخصصة في امرين التعظيم لامر الله والشفقة على خلق الله فمن اقدم عليها فقد احرز
نصف السعادة وبالجملة فمحاسنها ثابتة عقلا ونقلا اما عقلا فلان من اعان اخاه فذلك يتضمن
امرين الاول انه استجلاب لاعانة الله تعالى في حق نفسه لان الله عز وجل في عون العبد ما دام العبد
في عون اخيه المسلم والثاني ان هذا فرع طلب الاحسان من غيره اذ الاحسان في حق الغير يجلب الاحسان
اذ القلوب مجبولة على حب من احسن اليها واليه الاشارة النبوية حيث قال اللهم لا تجعل لفاجر عندي يدا فيحبه
قلبي اى بلا اختيار لي في ذلك ولذلك قال العارفون من احسن فقد استحسن لان نفس الاحسان ابلغ طلب
لاحسان المحسن اليه قال الله تعالى هل جزاء الاحسان الا الاحسان واما نقلا فقوله تعالى وكفلها فان في قراءة التشديد
اشارة الى منة الله عز وجل على زكريا عليه السلام حيث جعله كفيلا لمريم فكل من كفل عن مديون او نحوه في ... عليه فهو
منة الله تعالى فعلى العاقل ان يلاحظ اعانة الخالق ولا ينظر الى غرامة المال بل يلاحظ كرامة ذي الجلال وقوله
تعالى واليسع وذا الكفل انه ذكره الله بهذا الاسم المبني على الكفالة مع انه نبي من الانبياء لانه تكفل جمعا
من الانبياء لملك قد قصد قتلهم فانظر الى تكرمة الكفالة عند الله عز وجل حيث ذكره بهذا الوصف مع ثبوت نبوته
وعلو رتبته واما ما اشتهر من ان الكفالة اولها ملامة واوسطها ندامة واخرها غرامة فكلام ظاهري قصد فيه الى
ما يلزمها من الاثار العاجلة بالنسبة الى النفوس العاجزة كذا في كتاب الحدود والاحكام للعلامة المصنف

وذا الكفل ابن عم يسع او بشر بن ايوب واختلف في نبوته ولقبه وقيل في اليسع مائة نبي من القتل فآواهم وكفلهم وقيل كفل رجل صالح كان يصلي كل يوم مائة صلاة وكل اى وكلهم من الاخيار قهستاني

هي اي الكفالة في الشرع ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين كما قاله بعضهم لكنه
هو اي كونه ضم ذمة الى ذمة في المطالبة الاصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس
ولا دين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها ولانه لو ثبت الدين في ذمة
الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعرفها صاحب الدرر بقوله وهي
ضم ذمة الى ذمة في مطالبة النفس او المال او التسليم فقال في الهداية والكافي وغيرهما
هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح اقول لا صحة للثاني اصلا
فضلا عن كون الاول اصح لخروج الكفالة بالنفس عنه مع انهم قسموها بعد التعريف الى الكفالة
بالنفس والمال ثم ان تقسيم الكفالة الى قسمين يشعر بانحصارها فيهما مع انهم
ذكروا في اثناء المسائل ما يدل على وجود قسم ثالث وهو الكفالة بتسليم المال ولهذا اخترت
تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام صريحا انتهى يقول الفقير لا باس في كونه
الكفالة بالمال شاملا له ايضا على ان تعريفهم المشهور متناول لجميع الاقسام صريحا
لان المطالبة اعم من مطالبة النفس او المال او التسليم تدبر ولا تصح الكفالة
الا ممن يملك التبرع لانه عقد تبرع ابتداء فلا يصح من الصبي والعبد لانهما ليسا من اهل
التبرع لعدم اهليتهما لكن لو كفل العبد يطالب بعد العتق كذا في الخلاصة وكذا لا تصح
من المحجور لانه لا يملك التبرع ايضا وهي ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ١٧ ان الكفالة
وقال الشافعي لا يجوز الكفالة بالنفس لانه لو كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه ربما لا ينقاد له
بل يمانعه ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على تسليم مال نفسه ولنا قوله عليه السلام
الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال به انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة (تعالى وانا به زعيم)
بنوعيها وقوله لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه قلنا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه فان قدرة
كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين
باعوان القاضي على ان الظاهر انه انما يكفل من يقدر على تسليمه وينقاد له في التسليم
فالاول يعني كفالة النفس تنعقد بتكفلت بنفسه وبرقبته ونحوها اي نحو الرقبة
مما يعبر به عن جميع البدن عرفا كقوله تكفلت بوجهه او برأسه او بروحه او بعنقه
او تكفلت بجزء شائع منه كنصفه او عشره كان يقول تكفلت بنصفه او عشره او
ثلثه او نحوها لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر
كلها كما مر في الطلاق بخلاف ما اذا قال تكفلت بيده او برجله لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن
حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما على ما مر فيه ايضا وتنعقد بضمنته لانه صريح في الكفالة
او هو علي لان صيغة على الالتزام فمعناه انا ملتزم تسليمه او الي لان الي يستعمل في معنى على
قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي اي فعلي قال صاحب
المغرب الكل اليتيم ومن هو عيال وثقل على صاحبه ومنه الحديث ومن ترك كلا فعلي او
الي والمثبت في الفردوس برواية ابي هريرة فالينا والمعنى ان من ترك ولدا لا كافي
ولا كافل فامره مفوض الينا نصلح احواله من بيت المال انتهى قال صاحب العناية والكل
اليتيم والعيال لمن يعول اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال
وقال صاحب البيانية الكل يجيء بمعنى اليتيم وهو العيال وهنا اريد به اليتيم بدلالة العطف
لانه يقتضي المغايرة يقول الفقير ووقع في المذاهب من ترك كلا بدون لفظ او عيالا
ليت شعري ما لفظ الحديث الصحيح تتبع او انا به زعيم لان الزعامة هي الكفالة
او قبيل به لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانها وثيقة بالحق لا
تنعقد بانا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن معرفته لا التسليم
قال صاحب البيانية ولو قال انا ضامن لتعريفه او على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ
سئل عن رجل قال لآخر انا ضامن لمعرفة فلان فقال اما في قول ابي حنيفة لا يلزمه شيء
واما ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس في عرفهم وهذا القول عن ابي يوسف غير مشهور

والظا

والظاهر ما روي عن ابي حنيفة وبه يفتى واذا قال لآخر اشناي فلان برمن قال ابو جعفر
يكون كفيلا وقال الفقيه ابو الليث لا وعليه الفتوى ثم نقل في الفتاوى الصغرى ان
الفتوى على انه يصير كفيلا واذا قال فلان اشناي منست او قال اشناست صارت كفالة
بالنفس عرفا وصح اخذ كفيلين واكثر لان حكم الكفالة استحقاق المطالبة وهي
تحتمل التعدد فالتزام الاول لا يمنع الثاني على ان المقصود منها التوثق واخذ كفيل
اخر واخر زيادة في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى وكذا الثالثة فما فوقها
ويجب فيها اي في الكفالة بالنفس على الكفيل احضار المكفول به وهو النفس
اذا طلبه المكفول له وهو المدعي وفاء بما التزمه فان لم يحضره الكفيل حبس
على صيغة المبني للمفعول يعني حبسه الحاكم لانه تحقق امتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه بالتزامه (المبني للمفعول بيان)
وهو احضار المكفول به فصار ظالما والحبس جزاؤه ولكن لا يحبسه اول مرة لان
الحبس عقوبة فيتوجه على الظالم ولا يظهر ظلمه في اول الوهلة فلعله ما دري لماذا يدعى
وان عين وقت تسليمه لزمه اي الكفيل ذلك اي احضار المكفول به فيه اي في الوقت الذي
عينه اذا طلبه المكفول له فيه لانه التزمه كذلك فان سلمه اليه قبل مجيء ذلك الوقت
برئ الكفيل وان لم يقبله المكفول له لانه ما التزم تسليمه الا مرة وقد اتى به فان غاب
المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه فان مضت المدة
ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق وان غاب المكفول به ولم يعلم مكانه
لا يطالب به لانه عاجز عن احضاره فصار كالموت الا ان في الموت تبطل الكفالة
اصلا لتيقن العجز وهنا لا لاحتمال القدرة بالعلم فعلى هذا اذا التجأ الى دار
الظلم اليوم ينبغي ان لا يطالب به الكفيل لعجزه عن احضاره ايضا كذا في نقد الدرر
نقلا عن شرح القدوري ثم انهم قالوا هذا اذا صدقه الطالب وان اختلفا فقال
الكفيل لا اعرف وقال الطالب تعرف ينظر فان كان له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم
للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان
الظاهر يشهد للطالب والا فالقول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل و
منكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل بل يحبسه الحاكم الى ان يظهر
عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق في دعوى اسقاطها عن نفسه بما يقول
وان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه وباحضاره وفي
الذخيرة اذا ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب يؤمر الكفيل باحضاره ان لم يمنعوه
ولا تسقط كفالته لانه انما اعتبر ميتا حكما في قسمة ماله واما في حق نفسه فهو حي
وتبطل الكفالة بالنفس بموت الكفيل لحصول العجز الكلي عن تسليم المطلوب لان الكفيل
بعد موته وورثته لم يكفلوا له بشيء وانما يخلفونه فيما له لا فيما عليه ولا تبقى الكفالة
باعتبار تركته لامتناع الاستيفاء من المال بخلاف الكفالة بالمال وتبطل بموت
المكفول به لامتناع التسليم فلم يلزمه ما عليه من الدين ولو كان المكفول به عبدا اي عبدا
للكفيل انما قال هذا دفعا لتوهم ان العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزمه قيمته دون
موت المكفول له بل يطالب وارثه او وصيه الكفيل لقيام كل واحد منهما مقام الميت
ويبرأ الكفيل بالنفس اذا سلم اي المكفول به الى المكفول له حيث يمكن مخاصمته كما اذا سلمه في
سوق وقبل الطالب او لا وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء لانه اتى بما التزمه في التسليم
ان سلم بغير طلب المكفول له لا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بجهة الكفالة وان سلم بعد طلبه برئ
وان لم يقل سلمته اليك بجهة الكفالة ويبرأ بتسليم وكيل الكفيل او رسوله وبتسليم المكفول
نفسه من كفالته اي من جهة كفالة الكفيل متعلق بقوله وبتسليم المكفول نفسه قال في
الدرر قاضيخان المكفول بالنفس اذا سلم نفسه الى المكفول له وقال سلمت نفسي اليك
عن الكفيل برئ وان لم يقل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل وتسليم الفضولي يشترط فيه ما ذكر من قوله

عن الكفيل بقبول الطالب

قال قاضيخان ولو ان رجلًا اجنبيا ليس بمامور سلم المكفول به الى الطالب وقال سلمته
عن الكفيل ان قبل الطالب برئ الكفيل وان سكت ولم يقل قبلت لا يبرا الكفيل فان
شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق فالوا يبرا لحصول المقصود وهو القدرة على المحا
والمختار في زماننا انه لا يبرا قال شمس الائمة السرخسي قال المتاخرون من مشايخنا هذا
بناء على عادتهم في ذلك الوقت واما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرا بالتسليم
في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسوق والفساد لا على الاحضار
فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في مصر اخر يعني اذا سلمه في مصر غير المصر الذي
كفل فيه لا يبرا عندهما لانه اعتبر التسليم في المصر الذي كفل فيه لانه جاز
ان يكون شهوده او ذلك القاضي يعرف حادثته فلا يبرا بالتسليم في مصر اخر
ويبرا عند الامام الاعظم لان المعتبر تسليمه على وجه يمكن مخاصمته وقد حصل ثم
ولعل شهوده فيما سلمه وهذا القاضي يعرف حادثته فيتعارض الموهوم وبقي التسليم
عن المعارض فيبرا وقيل هنا اختلاف عصر وزمان فان اباحنيفة رحمه الله كان في القرن
الثالث وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهله بالصدق فكان الغالب
لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة
فلا يقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر او في مصر اخر ثم تغير الحال بعد ذلك
في زمن ابي يوسف ومحمد وظهر الفساد والميل من القضاة اي اخذ الرشوة
فافتى كل بحسب ما وقع في زمانه قال صاحب الكافي وصاحب التسهيل اذا
لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط لا يبرا عندهما وعلى قوله اختلف المشايخ
فقال بعضهم قوله كقولهما وقال بعضهم يبرا بتسليمه في مصر اخر لحصول الغرض فلا فائدة
التقييد فلغا وان سلمه في برية او في السواد اي في القرية التي ليس بها حاكم
لا يبرا لعدم حصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا لا يبرا
ان سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لانه لا يتمكن من احضاره مجلس الحكم
قيل هذا اذا كان السجن سجن قاض اخر اما لو كان السجن سجن هذا القاضي
يبرا وان حبسه غير الطالب لان القاضي قادر على احضاره من سجنه فيحضره
حتى يجيب خصمه ثم يعيده الى السجن فان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به
اي بالمكفول بنفسه يقال وافاه اي اتاه من الوفاء غدا فهو ضامن لما عليه من المال
فلم يواف به غدا لزمه اي الكفيل بالنفس ما عليه من المال عندنا لانه علق الكفالة
بالمال بعدم الموافاة به وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس اياه وان كان القياس
ياباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلًا على ان يحذوه
البائع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابه اوسع اولى قال
الشافعي لا تصح لانه ايجاب المال بالشرط فلا يجوز قلنا ان الكفالة بالمال
النذر ابتداء باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على
الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح تعليقها بمطلق الشرط
كهبوب الريح ومجيء المطر عملًا بشبه البيع ويصح بشرط متعارف كعدم الموافاة
في وقت كذا عملا بشبه النذر وان مات المكفول به قال صاحب الدرر فان مات
المطلوب ضمن الكفيل المال بحكم الكفالة او مات الكفيل فوارثه اي ضمن وارثه اذا مات
الطالب فكذا الطالب وارثه ولا يبرا الكفيل من كفالة النفس بوجوب الكفالة
بالمال في هذه المسئلة لانها كانت ثابتة قبل الكفالة بالمال فلا تبطل بوجودها اذ
لا منافاة بينهما وانما يبرا اذا ادى المال لانه لم يبق للطالب على المكفول عنه شيء فلو ادعى
في الكفالة بالنفس ومن ادعى على اخر مائة دينار بينها بانها جيدة او ردية او اشرفية او افرنجية
او لم يبينها فكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به اي بالمكفول به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا لزمه المائة

عند

عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد فانه قال لا تصح الكفالة ان لم يبينها
لانه لم يصح الدعوى بلا بيان فلم يجب احضار النفس لعدم صحة الكفالة بها فلم تصح
الكفالة بها بالمال لابتنائها عليها ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعليه المائة فينصرف
الى ما عليه لان العادة جارية بالاجمال في الدعوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم
والبيان في مجلس القضاء عند الحاجة فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين
التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي بينها
ونسبها بالاخرة فعلى هذا صحت الكفالة بالنفس وترتب عليها الكفالة الثانية
والقول قول الكفيل في البيان اذا اختلفا فيه ولا يجبر على اعطاء كفيل بالنفس في حد وقصاص
مطلقا عنده لقوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء
فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات
فيليق بها الاستيثاق فان سمحت به اي باعطاء كفيل نفسه صح بالاجماع لامكان
موجب الكفالة بالنفس عليه وهو المطالبة بالنفس وقالا يجبر على اعطاء الكفيل في القصاص
لانه خالص حق العبد وحد القذف لان فيه حق العبد وان شهد عليه مستوران
اي غير معلوم فسادهما في حد او قود حبس المدعى عليه قال صدر الشريعة يعني اذا تعين
انه لا جبر على اعطاء كفيل عند ابي ح في حد وقصاص تبين ماذا يصنع صاحب الحق
فالازم الى وقت قيام القاضي عن المجلس فاذا اخطا البينة فيهما وان اقام مستورين
لا يكفل عند ابي ح بل يحبسه للتهمة حتى يتبين الحق وان لم يحبس شيئا من ذلك خلى سبيله
وكذا يحبس ان شهد عليه عدل واحد يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس هنا للتهمة
بخلاف الحبس في الاموال لانه غاية عقوبة فيها ولا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق
ان ما كان الحبس اقصى عقوبة فيه كما في الاموال لا يحبس فيها الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة
فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان اقصى العقوبة فيهما القتل والقطع والجلد جاز
الحبس قبل ثبوته للتهمة ولقائل ان يقول للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة يتنافى الدرء بالشبهات
والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك
فينتفي الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب عنه بان يحمل قوله للتهمة على ان المراد بها تهمة الحاكم
بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مامور به لكن الترك والتهاون حرام ايضا لافضائه
الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه
الحاكم يتهم بانه تهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والاتقاء عن اسناد ما يوجبه فيحبس باحد
شطري الشهادة قال مولانا الفاضل سعدي افندي لا نسلم منافاة الحبس الدرء وانما ينافيه
ان لو كان موضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل وليس كذلك بل الحبس فيه يكون
للتعزير وما نحن بصدده كذلك وقد صرحوا في باب الوصايا وغيره بان الاعتبار للموضوع
الاصلية فلا حاجة الى ما ذكره في توجيه الجواب مع اشتماله على ما لا يخفى خلافا لهما في رواية
يعني ان في الحبس في الحدود والقصاص اذا شهد عليه مستوران او عدل روايتين عنهما في رواية يحبس
ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق بالكفيل وصح الرهن والكفالة بالخراج
لكونه دينا مطالبا به مطلقا الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ولا تسقط
عليه لا احد فصحت الكفالة عنه واخذ الرهن عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحياة والممات
احترازا عن الزكاة فانها يطالب بها في الحياة فقط اما في الاموال الظاهرة فيطالبها
الامام واما في الباطنة فلان ملاكها كونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها عبادة
بسلطنة وانما اورد هذه المسئلة هنا وان كان الحق ان يذكر في الكفالة بالمال لانه في ذكر الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص والخراج مناسبة بالحدود لما عرف في اصول الفقه ان فيه معنى العقوبة
فلهذه المناسبة اورد هنا ليعلم ان حكم الخراج حكم الاموال حتى يجبر فيه على الكفالة بالنفس بناء على الكفالة
بالمال فيكون المراد يصح الكفالة بنفس شرع في الكفالة بالمال ممن عليه الخراج فيكون في موضعه

قوله قالوا يبرا اي في المختار قالوا
حارق لضعف هذا الغير كما صحح
في الديباجة بنحوه وكل ما صدر ثم الخ
لمحرره

والكفالة بالمال لما فرغ من حكم الكفالة بالنفس شرع في الكفالة بالمال صحيحة
ولو كان المال مجهولا اذا كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع
ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به بعد ان كان دينا صحيحا والدين الصحيح دين لا يسقط
الا بالاداء او الابراء وهو احتراز عن بدل الكتابة فانه غير صحيح اذ المولى لا يستوجب على
عبده دينا وهو يسقط بالعجز بتكفلت يتعلق بقوله صحيحة عنه بالف نظير لما كان معلوما
او بما لك عليه نظير لما كان مجهولا او بما يدركك في هذا البيع وهذا يسمى ضمان الدرك
وهو ضمان الاستحقاق يعني يضمن الكفيل للمشتري اذا استحق المبيع رد الثمن وكذا
يصح لو علقها اي الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق نحو ما بايعت فلانا فعلي
ان بايعت فلانا فاني ضامن للثمن لا لما اشتريته منه فاني ضامن للمبيع لان الكفالة
بالمبيع لا تجوز كذا في صدر الشريعة او ما غصبك يعني ان غصب منك فلان فعلي
او ما ذاب لك عليه يعني ان وجب لك عليه شيء فعلي وما في هذه الصور شرطية او
ان استحق المبيع فعلي جواب الجميع وعني بالملائم المناسب فان هذه الاشياء اسباب
لوجوب المال فيناسب ضم الذمة يقول الفقير في قوله او ان استحق المبيع شائبة [illegible]
لانه عين ضمان الدرك وقد ذكره آنفا الا ان يقال هذا صريح الشرط وليس بمعلوم فيما تقدم
تدبر وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد فعلي ما عليه وهو المكفول عنه
وكشرط تعذر الاستيفاء نحو ان غاب زيد المكفول عنه عن البلد فعلي ما عليه
ولا يخفى ما في شرط امكان الاستيفاء او تعذره من الملائمة للكفالة وان علقها بمجرد الشرط
اي بالشرط المجرد عن الملائمة كهبوب الريح ومجيء المطر بان قال ان هبت الريح او جاء
المطر فما على فلان علي بطل الشرط وكذا ان جعل احدهما اي هبوب الريح ومجيء المطر
اجلا كما اذا قال كفلت بكذا الى هبوب الريح او مجيء المطر بطل التأجيل وتصح
في كل من الصورتين الكفالة ويجب المال على الكفيل حالا لان الكفالة لا تفسد
بالشروط الفاسدة قال صاحب الهداية لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان
هبت الريح او جاء المطر الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح
تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وتبعه صاحب الكافي
وقال الزيلعي هذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم
فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره قال
صاحب البحر اقول قوله سهو خطأ لان المذكور في النهاية والاسرار ان الكفالة
مما لا يبطل بالشروط الفاسدة فالظاهر ان في روايتين ويؤيده ان الصدر الشهيد نقل
مسألة هي ان العبد المأذون اذا لحقه دين وخاف صاحب المال ان يعتقه المولى فقال
رجل لصاحب المال ان اعتقه المولى فانا ضامن لدينك عليه صحت الكفالة ثم قال
هذه المسألة دليل على ان تعليق الكفالة بشرط غير متعارف لا يجوز ان يكون من قبيل
شرط تعذر الاستيفاء على نحو ان غاب المكفول عنه تدبر وللطالب مطالبة اي شاء
من كفيله واصيله لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام
الذمة الاولى لا البراءة فله مطالبتهما جمعا وتفريقا ليتحقق معنى الضم الا اذا
شرط براءة الاصيل فيكون حوالة كما ان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة
اذ العبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ ولو طالب الطالب احدهما له مطالبة الآخر
بخلاف الغصب فانه اذا اختار المالك تضمين احد الغاصبين ليس له مطالبة الآخر
لانه لما اختار تضمينه فقد ملكه العين فليس له ان يملكها الآخر والمطالبة بالكفالة
لا تتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما صار
المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر كذا في الاختيار والكافي
فان كفل بما له عليه فبرهن الطالب على الف لزمه اي لزم الالف الكفيل

لان

لان الدين الثابت بالبينة كالثابت معاينة فتحقق ما عليه فلزم الضمان به وان لم
يبرهن الطالب صدق الكفيل فيما اقر به مع يمينه لانه منكر للزيادة قال صدر الشريعة
ينبغي ان يحلف على العلم بانه لا يعلم ان اكثر من هذا واجب على الاصيل وصدق الاصيل
في اقراره باكثر مما اقر به الكفيل على نفسه خاصة لا على الكفيل لانه اقرار على الغير
ولا ولاية له عليه وصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت
يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غرمائه ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له
في حالة المرض يقول الفقير بقي صورة اخرى وهي ان يقر الكفيل بالف مثلا
ويقر الاصيل على خمسمائة فقط ما يكون حكمها ليت شعري لم لم يذكروا حكمها ولعل الحكم
ان يؤاخذ الكفيل باقراره ثم هل يرجع بالالف على الاصيل اذا كان كفيلا بامره او يرجع
بما اقر به الاصيل فقط فيلزم تتبع كتب الفقه لمعرفة حكم هذه المسألة ولم نجد في
الكتب التي عندنا [illegible] فان كفل بلا امره اي بلا امر المكفول عنه
لا يرجع الكفيل عليه اي على المكفول عنه بما ادى عنه لانه متبرع فيه والمتبرع لا يرجع
وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او لا وان وصلية اجازها
اي الكفالة المكفول عنه بعد العلم يكون كفيلا لان كل كفالة تنعقد غير موجبة
للرجوع لا تنقلب موجبة ابدا كذا في الدرر وان كفل بامره رجع عليه بما
ادى لانه قضى دينه بامره ومن قضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا
كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى
لا يرجع على الصبي اصلا ولا على العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا
وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادّ عني زكوة مالي واطعم عني عشرة مساكين
ففعل حيث ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على اني ضامن لان المراد
بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك قال صاحب البناية ثم ينبغي لك
ان تعرف ان الكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى حتى لو كفل عن رجل بدراهم جياد و
اعطى الطالب زيوفا رجع بمثل ما ضمن الاصيل لان الكفيل باداء الدين
ملك ما في ذمته فنزل منزلة الطالب ولا يطالبه الكفيل قبل الاداء اي المكفول
له لانه لا يملك ما في ذمة المكفول عنه قبل الاداء ويملكه بعده فيرجع فان لوزم
الكفيل فله اي للكفيل ملازمته اي ملازمة المكفول عنه حتى يخلصه وان حبس
الكفيل فله حبسه اي حبس المكفول عنه لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيلزمه
تخليصه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق
على الاصيل قبل الاداء ويبرأ الكفيل باداء الاصيل الى الطالب لان براءة الاصيل
توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الطالب الاصيل او اخر عنه
برئ الكفيل وتأخر عنه اي عن الكفيل لانه الاصيل والكفيل تابع وان ابرأ الطالب
الكفيل او اخر عنه لا يبرأ الاصيل ولا يتأخر الدين عنه اي عن الاصيل لاستلزامه تبعية
الاصل للفرع فان كفل بالدين الحال مؤجلا الى وقت يتأجل عن الاصيل ايضا
لانه مطالبته على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين ولو صالح الكفيل
عن الف على مائة برئا اي الاصيل والكفيل عن الباقي لانه اضاف الصلح الى الالف الذي
هو على الاصيل فبرئ عن تسعمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم ان اداها الكفيل
رجع بها اي بالمائة فقط على الاصيل ولا يرجع عليه بكل الدين ان كفل بامره لانه اوفى هذا
القدر بامره فاستوجب الرجوع بخلاف الابراء لان بالابراء يسقط الدين فلا يملكه الكفيل فلا يرجع
وان صالح عن الالف بجنس آخر كالحنطة والشعير رجع الكفيل على الاصيل بالالف كله لانه مبادلة
فملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بكله عليه وان صالح عن موجب الكفالة وهو المطالبة على شيء
برئ هو اي الكفيل فقط دون الاصيل لانه يكون ابراء للكفيل عن المطالبة وابراء الكفيل عنها

لا يوجب ابراء الاصيل صح

وان قال الطالب للكفيل برئت الي من المال كان اقرارا منه بالايفاء يعني كان اقرارا
من الطالب بقبض المال من الكفيل رجع الكفيل على اصيله لانه اسند البراءة الى الكفيل
وعداها الى نفسه بقوله الي والبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب
لا يكون الا بالايفاء فكان هذا اقرارا منه بالقبض فكانه قال دفعت الي هذا المال
وقبضته منك فيرجع عليه وكذا في برئت بدون الي عند ابي يوسف يعني هو اقرار
بالقبض عنده كما في برئت الي لانه اسند البراءة الى الكفيل على الخصوص والبراءة التي
الكفيل على الخصوص تكون بالايفاء فانه اذا خلى بين الطالب وبين المال يحصل البراءة
وان لم يوجد من الطالب قبض خلافا لمحمد لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت
الادنى وهو الابراء وفي ابرأتك لا يرجع لانه صريح في الابراء لا اقرار منه بالقبض من الكفيل
قيل جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب غائبا وان كان الطالب حاضرا يرجع اليه في البيان
في الكل لانه هو المجمل وهنا سؤال وجواب في العناية ان شئت فراجعه ولا يصح تعليق
البراءة عن الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة كسائر
البراءات لان في البراءة عنها معنى التمليك كما في سائر البراءات وهذا على قول من يقول
بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين
لانها وسيلة اليه والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط وهذا قول بعضهم
والمختار الصحة اي صحة تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط لان الثابت على الكفيل
المطالبة دون الدين في الصحيح فكانت اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق
ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد ويرتد ابراء الاصيل برده قال صاحب العناية
قيل اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا لا يجوز كقوله اذا جاء
ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس
للناس فيه تعامل واما اذا كان شرطا فيه نفع للطالب وللناس فيه تعامل فتعليق البراءة
به صحيح كما اذا كفل بالمال على النفس فقال ان وفيتك غدا فانا بريء من المال فقبل الطالب
فاوفاه الكفيل في الغد يكون بريئا من المال انتهى ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه
اي لا يصح استيفاؤه شرعا من الكفيل كالحدود والقصاص يعني اذا كفل رجل
عن اخر بما عليه من الحد والقصاص لم يصح كفالته حيث لم يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء
يعتمد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والغرض خلافه
او نيابة وهي لا تجري في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو لا يحصل على
النائب وهذا اي عدم الجواز اذا كفل بنفس الحد واما اذا كفل بنفس من
عليه الحد فقد سبق بيانه انما قال تعذر استيفاؤه بقولنا اي لا يصح استيفاؤه
شرعا لان امكان ضرب الكفيل او قصاصه ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا
غاية ما في الباب انه عبر عنه بالتعذر مبالغة في نفي صحته شرعا تدبر ولا يجوز
بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والمرهون فانه مضمون بالدين
ولا بالامانات كالوديعة والمستعار والمستاجر نفى الجميع ومال المضاربة والشركة
قال صاحب العناية اعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية
الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة ومال الشركة
والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه
كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها اما
تكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة فيما يكون امانة او مضمونا بالغير
وتصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع
عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع فعلي بدله لانه مضمون بغيره وهو الثمن
ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة

ويجوز

ويجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فيجب على الكفيل تسليم
العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك
ان يجب قيمتها عند الهلاك ولما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره ومنع الشافعي
الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على ان اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في
ذمة الكفيل فكان محلها الديون دون الاعيان وقلنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم ذمة في المطالبة
والمطالبة يقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك
والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا بالقيمة غير مضمون على
الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع يسقط الثمن وينفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد
المرتهن صار مستوفيا لدينه فلا يلزم مطالبة بتصور الكفالة واما الكفالة اي الكفالة
بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد
الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن للراهن لا يصح سواء حصلت الكفالة بعد الرهن
او بعده حين قبض الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين انتهى ما في العناية وقال صدر
الشريعة اعلم ان الكفالة بتسليم المبيع تصح لكن لو هلك لا يجب على الكفيل شيء وقال
صاحب الوقاية الكفالة بمالية المبيع وذلك لان ماليته غير مضمونة على الاصيل فانه
لو هلك ينفسخ البيع ويجب رد الثمن وكذا في المرهون اي بماليته لكن تصح بتسليم
المرهون فلو هلك لا يجب عليه شيء فالحاصل ان الكفالة بمالية الاعيان المضمونة بالغير لا تصح
واما بالاعيان المضمونة بنفسها تصح عندنا وذلك مثل المبيع بيعا فاسدا والمغصوب
والمقبوض على سوم الشراء فان كل واحد منها مضمون بالقيمة وكذا في الامانة قالوا
الكفالة بمالية الوديعة والعارية لا تصح واما بتمكين المالك من اخذ الوديعة والعارية
تصح ثم قال صاحب العناية فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب
على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن
اذا كان بمقدار الدين او ازيد كان مستوفيا لدينه والزائد امانة في يد المرتهن ولا ضمان
فيما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة فان
الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم فلا يجوز الكفالة بتسليمها لعدم وجوبه
كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر فيجوز الجميع اذا ضمن رجل تسليمه
الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل الاجرة ولم يقبضها فكفل له بذلك صحت الكفالة و
الكفيل مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة
انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجرة والكفيل ما كفل به
ولا تجوز الكفالة بدين غير صحيح كبدل الكتابة لانه في معرض الزوال فلا يكون دينا صحيحا
حر كفل به او عبد وانما قال هنا لدفع توهم ان الكفالة العبد به ينبغي ان تصح
لانه يجوز ثبوت مثل هذا الدين عليه لان العبد محل الكتابة وكذا بدل السعاية عند
الامام لان المستسعى كالمكاتب عنده فلا يصح الكفالة ببدلها كما لا تصح ببدل الكتابة
وعندهما تصح لان المستسعى حر مديون عندهما ولا تجوز الكفالة بالحمل على دابة
معينة مستاجرة للحمل او بخدمة عبد معين مستاجر للخدمة للعجز عن التسليم لانه استحق
الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجر لانه اتى بغير المعقود
عليه لان الموجر لو حمل على دابة اخرى لا يستحق الاجر فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد
بخلاف غير المعين لان الواجب على الموجر الحمل مطلقا والكفيل يقدر عليه بان يحمل على دابة نفسه
ولا تجوز الكفالة عن ميت مفلس يعني اذا مات من عليه دين ولم يترك شيئا فكفل عنه للغرماء
رجل لم يصح عند ابي حنيفة لانه كفل بدين ساقط عن ذمة الاصيل لان الموت يخرب الذمة فيسقط
عنه احكام الدنيا من العبادات والمعاملات فان ترك مالا او كفيلا ينتقل الى ماله والا يسقط فلا يجوز
الكفالة بالدين الساقط خلافا لهما لان الدين باق على الميت ولهذا يطالب به في الآخرة فيصح الكفالة

كما لو تبرع انسان فأدى دينه صح وفي القنية كفل عن ميت مفلس ثم ظهر له مال
يفي ببعض الديون صحت الكفالة بقدره ولا تجوز الكفالة بلا قبول الطالب في المجلس
سواء كانت بالنفس او بالمال عند ابي حنيفة ومحمد لانه عقد فيه معنى التمليك فلا يتم الا بالايجاب
والقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبل
عن الطالب فضولي يتوقف على اجازته لوجود شطريه وقال ابو يوسف تجوز مع غيبته
اي غيبة الطالب اذا بلغه خبر الكفالة فاجاز كسائر التصرفات الفضولي وهذا
رواية عنه وفي رواية يجوز مطلقا ولا يتوقف على الاجازة لانه التزام لا ضرر فيه
على الطالب فيستبد الكفيل به وفيه نفع للطالب قال صاحب الكافي وهو الصحيح
وقال صاحب البحر وبه يفتى كذا في تلخيص الجامع الكبير فان قال المريض لوارثه
تكفل عني بما علي فكفل الوارث مع غيبة الغرماء جاز اتفاقا وان كان القياس
ان لا يجوز لان الطالب غائب فلا يلزم الضمان الا بقبوله وجه الاستحسان انه
وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا تصح وان لم يسم المريض الدين وغرماءه لان
الجهالة لا تمنع لصحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح الا اذا ترك مالا ولو قاله لاجنبي
اختلف فيه المشايخ يعني اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي من الدين مع غيبة
الغرماء فكفل اختلف فيه المشايخ يعني اذا قال المريض لاجنبي فمنهم من لم يصحح ذلك لان
الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان
المريض والصحيح في حقه سواء ومنهم من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي
اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب
لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك وبمثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس
وتجوز الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب
والمبيع بيعا فاسدا ولا تجوز بتسليم المبيع الى المشتري والمرهون الى الراهن والمستأجر
بفتح الجيم الى المستأجر بكسر الجيم يقول الفقير قد شرحنا جواز الكفالة بالاعيان المضمونة
بنفسها فيما سبق فلا نعيده لكن لي ان اوضح فيما سبق ليت شعري اخره هنا وفصل بين حكم الاعيان المضمونة
بغيرها وبين المضمونة بنفسها باجنبيات تدبر وتجوز الكفالة بالثمن لانه دين واجب في الذمة كسائر الديون

فصل

ولو دفع الاصيل المال الى كفيله قبل دفع الكفيل الى الطالب لا يسترده منه اي لا يسترد الاصيل
المال المدفوع من الكفيل لان ذلك صار حقا للقابض على احتمال قضاء الدين فلا يجوز
الاسترداد ما بقي هذا الاحتمال وانما ينقطع هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه فاذا
ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذه وهذا كمن عجل زكاة ماله ودفعها الى الساعي
ثم اراد ان يسترد او اشترى شيئا بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد
ان يسترد قبل نقض البيع لا يملك لان الدفع لغرض وهو ان يصير زكوة وثمنا عند مضي
الحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترد وفي القنية دفع المديون
الى الكفيل الدين قبل ان يؤدي الكفيل ولم يقل بجهة القضاء ولا بجهة الرسالة فانه يقع
عن القضاء لانه الغالب قال صاحب الكافي واذا كان الدفع على وجه الرسالة بان
قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل
هو امانة في يده ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق
الطالب وبالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه يقول الفقير يستفاد من هذا
المحل مسئلة كانت واقعة الفتوى وهي انه لو دفع الاصيل المال الى الكفيل فضاع المال في يد
الكفيل فيضيع من الكفيل او من الاصيل والجواب التفصيل بان الاصيل اذا قال حين دفعه اوقع
على جهة الرسالة او قال الكفيل آخذه على جهة الرسالة يكون امانة في يده فلو ضاع بلا تعد يضيع عن الاصيل
واذا لم يقل شيئا حين دفعه او نص على دفعه على جهة القضاء يقع عن القضاء فلو ضاع يضيع عن الكفيل فتدبر

فيه

وما ربح فيه الكفيل فله يعني ان ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي
الطالب طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه فيطيب له ولا يتصدق به
لما ذكر انه حصل على ملكه قال صاحب البناية هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء فاما
قبضه على وجه الرسالة يتصدق بالربح على قولهما ويطيب له في قول ابي يوسف
انتهى ورده اي رد الربح الى المطلوب احب ان كان المدفوع شيئا يتعين كالبر
يعني ان كانت الكفالة بكر بر فقبضه الكفيل من المكفول عنه وباع وربح فيه فالربح
للكفيل لكن يستحب له ان يرد الربح على المكفول عنه ولا يجبر عليه عند ابي حنيفة رح
خلافا لهما فانهما قالا هو له ولا يرده على المكفول عنه وهو رواية عن ابي حنيفة وعنه انه
يتصدق به لهما انه ربح في ملكه لان البدل صار ملكا بالقبض لانه اقتضى من المكفول عنه
دينه المؤجل فيطيب له الربح كما لو اقتضى صاحب الدين دينه المؤجل وربح فيه وله
تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر
بنفسه واذا كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يقرر وان لا يقرر
ومثل ذلك قاصر ولو عدم الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه الخبث
واما لانه رضي بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه الدين فاذا قضاه الاصيل
بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث ايضا وهذا الخبث الذي يكون مع الملك يعمل فيما
يتعين كالكر فيكون سبيله التصدق فيتصدق به في رواية ويرده عليه في رواية لان
الخبث لحقه قال صاحب الهداية والرد اي رد الربح الى المكفول عنه اصح من القول بالتصدق
لان الحق له لكنه استحباب لا جبر قال صاحب العناية وصاحب البناية فاذا رد على
الاصيل فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب له لانه انما
يرد عليه على انه حقه ولو امر الاصيل كفيله ان يتعين عليه اي يشتري ثوبا بطريق
العينة ففعل الكفيل فالثوب للكفيل قال صاحب الكافي وتفسيره ان المكفول
عنه امر الكفيل ببيع العينة والمراد بالعينة ان يأتي المحتاج الى رجل يستقرض منه عشرة
دراهم فلا يرغب المقرض في الاقراض طمعا في اصابة الفضل الذي لا يناله بالقرض
فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشر الى اجل لتبيعه في السوق
بعشرة فيحصل له ربح درهمين وسمي عينة لان المقرض اعرض عن القرض الى بيع العين
فاذا ثبت هذا فنقول الشراء يقع للكفيل لا للاصيل لانه اما كفالة فاسدة نظرا الى
علي فانه كلمة ضمان ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للكفيل اشتر ثوبا بالسعر
في السوق فنقصت عشرة الدين فان امكنك ان تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت وان لم
يمكن ذلك الا بالخسران فذلك علي غير ان هذا الضمان باطل لان الضمان انما يصح بما هو
مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فبطل ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك
في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح
واما وكالة فاسدة نظرا الى الامر لان مضمونه اشتر لي ثوبا بعينه ثم بعه بالنقد واقض ديني
وفسادها باعتبار ان الثوب غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك واذا فسدت
الكفالة والوكالة كان الشراء للمشتري وهو الكفيل ثم ان العينة بكسر العين المهملة يقال
اعتان الرجل اي اشترى نسيئة كذا في نقد الدرر وقال صاحب المغرب والعينة السلف
ويقال باعه بعينة اي نسيئة من عين الميزان وهو ميله عن الخليل لانها زيادة وقيل انما
وقيل انها بيع العين بالربح وقيل هي شراء ما باع باقل مما باع ويقال اعتان اخذ بالعينة
واما قولهم نقيس حريرا اي اشتراه ببيع العينة فلم اجده انتهى قال صاحب الكافي وبيع العينة
مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض وقيل اياك والعينة فانها لعينة وهي
مخترع اكلة الربا وقد قال صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر
ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الاشتغال بالزراعة والاقبال عليها

الكفيل

والعينة بالكسر السلف قاموس
والسلف محركة السلم اسم من الاسلاف والقرض الذي لا منفعة فيه للمقرض على المقترض وكذا اخذه قاموس

قال مولانا اخي جلبي اقول هذا مخالف لما نقله الامام قاضي خان في فتاواه في باب الزام
من الربا الذي من كتاب البيوع حيث قال بعد تصويرها بقوله رجل له على رجل عشرة دراهم
فاراد ان يجعلها ثلاثة عشر الى اجل قالوا يشتري من المديون شيئا بتلك العشرة فيقبض
المبيع ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر الى سنة فيقع التحرز عن الحرام ومثل هذا مروي
عن النبي عليه الصلاة والسلام ثم قال بعد تعداد الصور الاخر وهذه الحيل هي العينة التي ذكرها محمد
قال مشايخ بلخ بيع العينة في زماننا خير من البيع الذي يجري في اسواقنا وعن ابي يوسف
انه قال العينة جائزة مأجور وقال اجره لمكان الفرار من الحرام وذكر الزاهدي نقلا عن
المحيط ان الاحتيال للفرار عن الحرام مندوب والذي تقرر عند راجي رحمة ربه بعد مشاهدة
هذه الكلمات الكل في هذا الباب ان من خاف حقا من ربه لا يحوم حول هذه ولا يحكم بحلها
ولا حرمتها ولا يباشرها ولا ينهى احدا عن مباشرتها ولا يأمر بها ولا يحرض عليها
ولا ينفر عنها ولا يحضر مهما امكن مجلس انعقادها ولا يتعرض لها لا فعلا ولا قولا
بالواسطة ولا بالذات لا بالنفي ولا بالاثبات انتهى ما قاله مولانا اخي جلبي رحمه الله حيث
انصف بلا نهاية واعرض عن الاعتساف يقول الفقير والحق الحقيق بالقبول
ان ما ذكروه من الحيل في هذه رخصة رخصوها لاعمال النقود الموقوفة التي جوز
وقفيتها بعض من العلماء تجاوز الله عنهم ولاعمال اموال اليتامى الذين كان نفقتهم
منحصرة في استرباحها بهذا الطريق فلا يليق الكبار الذين يدعون العمل بالعزائم
ان يعملوا بها هيهات هيهات فان ملاك الامر التحرز عن جميع الشبهات والقناعة
بما قسم الله لهم من الاقوات نعوذ بالله من شرور انفسنا ومن الاعمال السيئات
والربح عليه يعني ان اشترى الكفيل الثوب بخمسة عشر مثلا وهو يساوي عشرة فما
فوق العشرة فالربح الذي حصل للبائع وهو الخمسة التي صارت خسرانا على الكفيل
كما انه اشتراه له لان الوكالة او الكفالة لما فسدت على ما بيناه آنفا صار كأنه
قال ان اشتريت ثوبا بشيء ثم بعته باقل من ذلك فانا ضامن لذلك الخسران فهذا
ليس بشيء بل الخسران على المشتري فكذا هنا ومن كفل لآخر بما ذاب له على غريمه
او بما قضي له به عليه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل بان له على الغريم الفا لا يقبل
حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها
بالمكفول به لان المال المقضي به على الاصيل لدلالة ما قضي به صراحة عبارة ودلالة ما ذاب
باستلزامه على ذلك فان معنى ما ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى
مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما ما قال بعضهم يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل
كقوله اطال الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة المستقبل بلفظ
الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق للدعوى
لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل ان قاضي بلد
كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم فاقام على ذلك بينة
قبلت بينته لوجود المطابقة ولو برهن الطالب ان له على الغائب الفا وهذا
كفيله بامره قضي عليهما اي على الكفيل والاصيل الغائب ويكون للكفيل حق الرجوع
على الاصيل خلافا لزفر لانه لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعي
ظالم فلا يكون له ان يطالب غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه ولو بلا امره قضي على الكفيل فقط
يعني ان اقام البينة فان كفل بلا امره يقضي القاضي بالمال على الكفيل فقط قال صاحب
العناية وههنا يحتاج الى ثلاثة فروق احدها ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم
لان المكفول به ههنا مال مطلق عن الوصف بكونه مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى
مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر والفرق بينهما
ان هناك الوصف فيه قال فقد كفلت بما ذاب لك عليه او بما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء في المال

وههنا

وههنا لو قال كفلت عنه بالف درهم لكن ليس لك عليه شيء لم يلتفت اليه والفرق
الثاني بين الكفالة بامره وبينها بغير امره ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب
عدم التفرقة وان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامره او بغير امره ووجه
ذلك انهما يتغايران فان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره
تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك فهما متغايران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعوى
المدعي احدهما لا يقضي له بالآخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا ترى
انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك
فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر ببينة ثبت امره بحجة كاملة والامر
بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج
الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس بجانب الغائب اذ ليس من
ضرورته وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لان صحة الكفالة بغير امره يعتمد
قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال
عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل انتهى والفرق
الثالث بين ما نحن فيه وبين مسئلة اخرى ذكرها والفرق بينهما صاحب العناية ايضا
ان شئت فراجعه وضمان الدرك للمشتري عند البيع تسليم بان المبيع ملك البائع
فيبطل من الافعال اي من الشروح انه يبطل به دعوى الضامن على المشتري ان المبيع مملوك له
بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع بان باع بشرط الكفالة توقفت تمام
البيع على قبول الكفيل في المجلس فصار كانه هو الموجب للعقد واذا قبل في المجلس
انبرم البيع كان الكفيل في هذه الدعوى ساعيا في نقض ما اوجبه ومن سعى في نقض ما تم
ضل سعيه في الحيوة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة
انما البيع واحكامه بان لا يرغب المشتري في شراء هذه الدار خوفا من الاستحقاق الا بهذه
الكفالة فيكون مراد الكفيل بهذه الكفالة ان البائع مالك وان بيعه جائز فكانه
يقول اشتر هذه الدار ولا تخف فان لحقك درك فيما تشتري فانا ضامن له
فقض فصار الكفيل معترفا بملكية البائع المبيع فلا يصح دعواه لنفسه بعد ذلك للتناقض
وكذا يكون تسليما ولا يصح دعواه بعد هذا لو كتب شهادته على البيع
وختم على صك متعلق بكتب وختم على سبيل التنازع كتب فيه صفة صك
باع ملكه او باع بيعا باتا نافذا وانما قال وختم اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل
اذا كتب شهادته في صك الشراء ختم في اخره حتى يكون ذلك علامة للكتابة
ولم يبق ذلك العرف في زماننا فلا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا كذا في
العناية بخلاف ما لو كتبها اي شهادته على اقرار العاقدين بالبيع والشرى
فانه لا يكون تسليما اذ لا يتعلق به حكم انما هو مجرد اخبار لو اخبر ان فلانا باع
شيئا كان له ان يدعيه قال صاحب الكافي ولو كتب شهادته على صك الشراء
وختم ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان المبيع له يصح دعواه ولا يكون
كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما واقرارا بان المبيع ملك البائع
لانه لا تنافي بين الامرين من اجل انه شهد بوجود البيع ولا يدل وجوده على
صحته ونفاذه لا محالة اذ البيع كما يوجد من المالك يوجد من غيره وله ان يقول
انما كتبت شهادتي لاحفظ الحادثة او لاني امل ان في هذا العقد ضررا حتى
ارده او نفعا حتى اجيزه والشهادة لا تكون مشروطة في البيع بخلاف ما تقدم
من ضمان الدرك حتى لو شهد بالبيع عند القاضي ثم ادعى بعده لا تسمع دعواه سواء
قضى بشهادته او لم يقض لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات
لان العاقل يتقيد بتصرف الصحة والجواز فيصير دعوى الملك لنفسه بعد ذلك تناقضا

واما كتابة الشهادة في الصك فلا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع
ولو اخبر ان فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعده لنفسه صح دعواه قال مشايخنا
الحيلة المذكورة في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شهد فلان بالبيع والشرى
او كتب جرى البيع بمشهدي وكتب اقرا بالبيع والشرى عندي اما اذا كتب في الشهادة
ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان ملكه او باع بيعا باتا
نافذا وهو كتب شهد بذلك لا يصح دعواه بعد ذلك انتهى ما في الكافي ولنا قال المعنى
على صك كتب فيه باع ملكه آه وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل باطل يعني
اذا باع رجل لرجل ثوبا بامره ثم ضمن الثمن عن المشتري للامر لا يصح لان حق القبض
للوكيل ولهذا لا يبطل بموت الموكل حتى لو مات الموكل كان له ان يقبض الثمن وكذا لو نهاه
الموكل عن قبض الثمن حال حياته لا يعمل نهيه فلو صح لصار ضامنا لنفسه وانه لا يجوز
بخلاف المامور ببيع الغنائم من جهة الامام اذا ضمن الثمن عن المشتري حيث يصح
ضمانه وبخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن المهر للمراة عن الزوج لان كل واحد منهما
سفير ومعبر حتى لو نهاه الامام عن قبض الثمن صح نهيه والرسول في باب البيع اذا باع
وضمن الثمن عن المشتري للمرسل صح الضمان ولانه امين في الثمن في الشرع فاشتراط
الضمان عليه ابطال الحكم الشرع كالمودع والمستعير يضمن للمودع والمعير
وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال يعني اذا باع المضارب مال المضاربة
ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لان حق القبض للمضارب ايضا فلو صح الضمان صار ضامنا
لنفسه ولانه امين في الثمن في الشرع فاشتراط الضمان عليه ابطال الحكم الشرع ايضا
وكذا ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة واحدة يعني
باع رجلان عبدا من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن
بطل الضمان لان الصفقة اذا اتحدت فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح
ضمان احدهما لصاحبه بنصيبه شايعا صار ضامنا لنفسه وهو باطل
ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وهو باطل
لان القسمة تقتضي ان يصير حق كل منهما مفرزا في حيز على حدة وهو لا يتصور في الدين
وصح ضمان احد الشريكين لو بصفقتين لانهما ان باعا العبد بصفقتين بان باع
كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح
لان الصفقة اذا تعددت فما يجب لكل منهما بعقده يكون له خاصة الا يرى
ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الاخر صح وضمان الدرك صحيح لانه ضمان
الثمن عند وجود الاستحقاق لانه المفهوم فيما بين الناس فكان المضمون معلوما
وهو قادر على الوفاء بما التزم فصح وضمان الخراج صحيح لما مر انه دين مطالب
من جهة العباد فصار كسائر الديون بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة والباطنة
لان الواجب فيها فعل عبادة ولا يجري الضمان في العبادات والمال محل الفعل
ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية يقول الفقير ولا يذهب عليك ان هنا
تكرارا لانه ذكره فيما سبق من جهة الكفالة بالنفس وهنا من جهة الكفالة بالمال وحاصله ان الخراج
يصح فيه الكفالة بنفس من عليه الخراج ويصح بالخراج على ما نبهناه فيما سبق وضمان القسمة
صحيح خبر لكل من ضمان الدرك والخراج والقسمة قيل المراد بضمان القسمة ضمان اجرة القسام
وقال ابو جعفر معناه اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع صاحبه فضمنها
انسان صح لانها واجبة قيل معناه اذا اقتسما ثم منع احدهما قسم الاخر كذا في التسهيل
وكذا ضمان النوائب قال صاحب المغرب النائبة النازلة ونوائب المسلمين ما ينوبهم
اي يصيبهم من الحوائج كاصلاح القناطر وسد البثوق ونحو ذلك سواء كانت
بحق ككري النهر واجرة الحارس وبغير حق كالجبايات

قال صاحب الكافي واما النوائب فان اريد بها ما ينوب الانسان بحق صحت الكفالة
بها اتفاقا نحو ان يقضي القاضي كري نهر مشترك بين رجل وبين غيره شركة خاصة فابى واحد من
الكري وانفق شريكه بامر القاضي يصير حصة الآبي دينا في ذمته فيصح الكفالة بها لانه كفل بما هو
مضمون على الاصيل وكذا اجرة الحارس بينهم مضمون يصح الكفالة بها وكذا ما وظف الامام
على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال او احتاج الى فداء
اسارى المسلمين فوظف على الناس مالا لاجل ذلك فهو واجب مضمون يصح الكفالة به وان اريد بها
التي يطالب بها الانسان بغير حق كالجبايات في زماننا التي ياخذها الظلمة بغير حق فلا يصح الكفالة
عند بعض المشايخ لان الكفالة لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء على الاصيل هنا
شرعا فلا يصح الكفالة بها وقال بعضهم منهم فخر الاسلام علي البزدوي يصح الكفالة بها لانها
في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها
ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالعدل والقسط يوجر وان كان
الآخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع
كما لو قضى دين غيره بامره واما القسمة قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية
باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلاثة اشهر
والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب بل يجيء احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع قال
صاحب العناية واما قوله وقسمة فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف
غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء
بمعنى النصيب قال الله تبارك وتعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد النصيب
وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة
من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز لان القسمة
واجبة قال بعضهم هي النوائب بعينها او حصة منها يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو
مؤنة كري النهر المشترك فاصاب واحد شيء من ذلك ووجب اداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة
بالاجماع انتهى وضمان العهدة باطل لان العهدة اسم مشترك يقع على الصك القديم
لانه وثيقة يمكن له كتاب العهد وهو ملك البائع في يده ولا يلزمه التسليم الى احد فاذا
ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يملكه الوفاء فلا يصح ضمانه وقد يقع على العقد لانها
اخذت من العهد والعقد والعهد سواء وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك
وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فيبطل الضمان للجهالة وكذا ضمان الخلاص
عند ابي ح لان معناه عنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الى المشتري وهو غير
مقدور له لانه ربما لا يساعده المستحق والتزام الانسان بما لا يقدر على الوفاء به باطل
خلافا لهما لان معناه عندهما ضمان الثمن ان عجز عن تسليم العين بعدم مساعدة المستحق
او نحوه فيكون كضمان الدرك وهو جائز وقيل ضمان العهدة ايضا عندهما مثل الدرك
فكان مسئلة ضمان العهدة على الخلاف على هذا القول كذا في الكافي ولو قال الكفيل
ضمنته الى شهر وقال الطالب بل ضمنته حالة فالقول للكفيل وفي الاقرار يعني فالاصح
لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له والفرق ان المقر اقر بالدين وهو سبب
لوجوب المطالبة ثم ادعى لنفسه حقا على المقر له وهو تاخير المطالبة الى شهر والمقر له ينكر ذلك
والقول للمنكر في الشرع والكفيل ما اقر بالدين اذ لا دين عليه في الاصح وانما اقر بحق المطالبة
بعد شهر والمكفول له يدعي حق المطالبة لنفسه في الحال والضامن ينكر ذلك والقول
للمنكر ايضا وقال الشافعي القول للمقر في الفصلين لان الدين نوعان حال ومؤجل
فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد نوعي الدين فيكون القول له كما في الكفالة وهو رواية عن ابي يوسف
في غير رواية الظاهر ان القول للمقر في الفصلين ولا يؤخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع
ما لم يقض بثمنه على بائعه يعني لو اشترى شيئا وكفل له رجل بالدرك فاستحق المبيع ليس للمشتري

ان يأخذ من الكفيل الثمن حتى يقضي له به على البائع في ظاهر الرواية لان احتمال اجازة المستحق البيع ثابت وثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن حتى يقضي له برد الثمن على بنفس الاستحقاق والقضية بالمبيع للمستحق لا يجب الثمن على البائع ما لم ينفسخ العقد ولا ينفسخ حتى يقضي برده واذا لم يقض له يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قلنا في ظاهر الرواية احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي انه يأخذ الكفيل قبل ان يقضي الثمن على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يتوجه على الكفيل فان قيل قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق قيل وهذا بخلاف العتق بالحرية لان البيع بها لا يبطل لو اجاز المستحق البيع صح ۞

باب كفالة الرجلين والعبدين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فأخر وضعا ليناسب الوضع الطبع دين عليهما لاخر على الرجلين كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع على الاخر الا اذا زاد على النصف فيرجع عليه بما زاد لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف كفيلا فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل النقود من الصرف لان الواجب اقوى الحاجة الى القبض في المجلس فكذلك ما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لا يتحقق على الدين لان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصور فلا تعارضه بل يترجح الدين عليها فيصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين ولانه لو جعل شيئا من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كادائي فان جعلت شيئا من المؤدى عني فرجعت به علي فلي ان اجعل المؤدى عنك كما لو اديت بنفسي فيفضي الى الدور كذا في الكافي ولو كفلا بمال عن رجل وكفل كل منهما به اي بجميع المال عن صاحبه فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل وقد صح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر فما اداه كل منهما رجع بنصفه على شريكه قليلا كان المؤدى او كثيرا او رجع بكله ان شاء على الاصيل ابتداء لو كفل بامره لان ما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه وعن الاصيل بكل المال فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة في النصف راجحة بعد صورة المعاوضة بينهما وبين الكفالة فاذا وقع شائعا فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضية عقد الكفالة في هذه المسألة استواء في العلة وهي ضمان الكفالة وقد حصل الجار آنفا ان الكل كفالة ولا رجحان للبعض على البعض بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه فجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم واذا كان الامر كذلك فيرجع كل منهما بنصفه اولا على شريكه ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه دينه احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان كل واحد منهما يرجع بكل ما ادى على الاصيل ابتداء لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له ان يرجع على الاصيل وان ابرأ الطالب احدهما اي احد الكفيلين فله اي للطالب اخذ الكفيل الاخر بكله اي المال لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما هو المفروض

ولو

ولو فسخت المفاوضة فلرب الدين اخذ من شاء من شريكيها اي شريكي المفاوضة بكل دينه يعني اذا افترق الشريكان بشركة المفاوضة وعليهما دين فلرب الدين ان يأخذ ايهما شاء بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق وما اداه احدهما لا يرجع به اي بما ادى على الاخر ما لم يزد على النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين واذا كوتب العبدان بعقد واحد بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا او كفل كل من العبدين عن صاحبه صح ورجع كل منهما على الاخر بنصف ما ادى وهذا صحيح استحسانا والقياس ان لا يصح لانه شرط في هذه المسألة كفالة المكاتب ببدل الكتابة وكل منهما على الانفراد باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من انها تستدعي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك وجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما متعلقا باداء كل واحد منهما فكانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر لان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه بان يجعل المال على كل واحد منهما والاخر تابع له كالكتابة يكون المال عليهما والولد يتبعها فكان كل واحد منهما في حق نفسه كان كل المال عليه فصار كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه فيحق صاحبه بالكل ويطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما في ولد المكاتب فاذا ادى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما فيرجع على صاحبه بنصفه ولو رجع بالكل او لم يرجع بشيء انتفى التساوي بينهما ويلزم خلاف المفروض وهو تحقق المساواة بينهما وانما قيد بعقد واحد لانهما لو كانا كاتب كل واحد منهما على حدة وكفل احدهما عن الاخر لا يصح قياسا واستحسانا وان اعتق السيد احدهما قبل الاداء اي قبل ان يؤديا شيئا صح لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه لم يرض بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فسقط النصف وبقي النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فاذا اعتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيبقى على النصف وبقي على الاخر النصف وللمولى ان يأخذ حصة الاخر منهما اي من الاخر اصالة اي لانه اصيل ومن المعتق كفالة اي لانه كفيل عن صاحبه ويرجع المعتق فقط بما ادى على صاحبه يعني ان اخذ الحصة الاخرى من المعتق رجع على الاخر لانه ادى عنه بامره وان اخذ من الاخر لا يرجع على المعتق بشيء لانه ادى دين نفسه فلا يرجع ولو كان على عبد مال لا يجب عليه صفة مال الا بعد عتقه وهو دين لا يظهر في حق المولى كما اذا لزمه باقرار او استقراض او وطء بشبهة او استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى بل يؤخذ بها العبد بعد عتقه فكفل به اي بذلك المال رجل كفالة مطلقة عن قيد الحلول والتأجيل لزم المال الكفيل حالا اما صحة الكفالة فهذا الوجه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون واما كونها حالا فلان العبد المكفول عنه حال الوجوب لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي وصار كما اذا كفل عن غائب فانها تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل كالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان كان في حق الاصيل متأخرة الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ الدين من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هنا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاصيل قلنا ان الدين المؤجل متأخر بمؤخر يعني بامر يوجب التأخير وهو التأجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل له فلزمه معجلا ۞

قال تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة آية

واذا ادى الكفيل ذلك المال الى المكفول له لايرجع على العبد الا بعد عتقه لو كفل بامره لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام المطالب فلا يطالبه قبل الحرية كالايطالبه المطالب قبلها ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه له ضمن الكفيل قيمته يعني لو ادعى رجل رقبة في يد رجل فكفل به آخر فمات العبد فاقام المدعي بينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل ولو كفل سيد عبده بامره او كفل عبد غير مديون عن سيده فعتق فادى لايرجع على الآخر وقال زفر يرجع لانه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرقبة قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لايستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه فانه لايرجع ثمة كذا هنا والمراد باداء العبد اداؤه بعد العتق وهو ظاهر وانما قال غير مديون لان امره بتكفيله يصح اذا لم يكن عليه دين مستغرق وان كان فلا يصح لتضمنه ابطال حق للغرماء ولو كفل باذن الغرماء يجوز

كتاب الحوالة

وهي تناسب الكفالة من حيث ان فيها التزاما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جازت استعارة كل منهما للاخرى حتى كانت الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتبارا للمعنى ولهذا جمع محمد كتاب الحوالة والكفالة في الاصل في كتاب واحد لكنه اخر الحوالة لانها تقتضي براءة الاصيل والبراءة تعقب الكفالة فكذا ما يتضمنها وهي بمعنى الاحالة قال صاحب المغرب يقال احلت زيدا بماله على رجل فاحتال زيد به على الرجل فانا محيل وزيد محال والمال محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه وقول الفقهاء المحتال له لغو لانه لاحاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال حويل قياسا على كفيل وضمين ومنه قول شيخنا الحوالة تصح بالمحيل والحويل واصل التركيب دال على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل الى محل آخر وانما سمي هذا العقد حوالة لان فيه نقل المطالبة او نقل الدين من ذمة الى ذمة انتهى قال صاحب الدرر المديون محيل والداين محتال ومحال له ومن يقبل الحوالة محتال عليه ومحال عليه ومحال به انتهى وقال صاحب البناية ثم اختلف المشايخ المتأخرون ان الحوالة توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا او عن المطالبة دون الدين قال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين وقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة والدين جميعا وانما اختلفوا لان محمدا ذكر مسائل تدل على القولين جميعا تعرف في الغاية انتهى هي اي الحوالة في الشريعة نقل الدين من ذمة هي ذمة الاصيل الى ذمة اخرى هي ذمة المحال عليه على سبيل التوثق والذمة في الاصل ماخوذ الذي هو خلاف المدح ومعناه اللوم ثم استعملت بمعنى العهد وجعلت اسما له لان نقضه يوجب الذم وتفسر بالامان والضمان وكل ذلك متقارب ومن ههنا قيل للمعاهد من الكفار ذمي لانه اومن على ماله وذمه بالجزية ويسمى محل التزام الذمة ذمة في قولهم ثبت في ذمتي كذا ومن الفقهاء من يقول هي محل الضمان والوجوب ومنهم من قال هي معنى يصير بسببه الآدمي على الخصوص اهلا لوجوب الحقوق له او عليه والاول هو التحقيق كذا في المغرب وفيه فيه طويل تعلقه بيان شئ زاجم وتصح الحوالة في الدين لا في العين اما الصحة فيدل عليها النقل والعقل اما الاول فما روى ابو داود في السنن قال حدثنا مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر بالاتباع والاتباع ليس بمشروع لايكون ماموراً به من الشارع فدل على جوازها واما الثاني فلان الذي تكلم على تسليمه فتصح كالكفالة دفعا للحاجة واما اختصاصها بالدين فلانها تنبئ عن التحويل كما ذكرنا والتحويل في الدين

وتقريره

قوله ومنه قول شيخنا وشيخه والده اعلم صاحب الكشاف لانه معلمهم والمشهور ان صاحب المغرب تلميذ الامام المطرزي صاحب المصنف في الكتب خليفة صاحب الكشاف وتلميذه كذا ذكروه في مواضع متعددة
لمحرره الفقير محمد ...
[illegible]

وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه واما العين فاذا كان في محل محسوس لا يمكن ان يعتبره في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه برضى متعلق بتصح المحتال والمحتال عليه يعني شرط صحة الحوالة رضا المحتال لان الدين حقه وهو الذي ينتقل بالحوالة فلا بد من رضاه بها لان الذمم متفاوتة ولا خلاف في ذلك لاحد من اهل العلم واما رضى المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وفيه خلاف الشافعي فانه قال اذا كان للمحيل دين على المحتال عليه لايشترط رضاه وبه قال مالك واحمد لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه واذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقيل لابد من رضى المحيل ايضا اي كما لا بد من رضى المحتال والمحتال عليه قال صاحب العناية واما رضا المحيل فقد شرطه القدوري لان ذوي المروآت قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضا المحيل لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لايتضرر به بل فيه نفعه لان المحال عليه لايرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون فائدة اشتراط الرضا عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكره القدوري ان يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه حينئذ يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد يكون ابتداؤها من المحيل وقد يكون من المحال عليه والاول احالة وهي فعل اختياري لايتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال وهو يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات انتهى واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول اي بقبول المحتال والمحتال عليه لان معنى الحوالة النقل كما مر وهو يقتضي فراغ ذمة الاصيل لان من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين في زمان واحد وقال زفر لايبرأ اعتبارا بالكفالة كل واحد منهما عقد توثق وليس من الوثيقة براءة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقاء الدين على حاله في ذمة الاول عن غيره كما في الكفالة قال صاحب العناية واذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت الحوالة انتهى يقول الفقير كلامه لكن السياق يقتضي تعلقه بقوله برئ مع ان فيه برودة وبشاعة لاتخفى والظاهر انه كما قال صاحب العناية ليت شعري لم اخروه عن الثاني ولو تركوه وقالوا واذا تمت برئ لكان احسن لان تمامها بقبول المحتال والمحتال عليه لا محالة ولا حاجة الى ذكره ولقد احسن صاحب الاصلاح حيث قال واذا تمت بالقبول برئ المحيل من الدين فلا ياخذ المحتال الدين من تركته اي من تركة المحيل لكن ياخذ كفيلا من الورثة او من الغرماء مخافة التوى اي هلاك المال يقال توى المال هلك وذهب فهو توي وتاو ومنه لا توى على مال امرئ مسلم وتفسيره في حديث عمر رضي الله عنه في المحتال عليه يموت مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل كذا في المغرب ولايرجع عليه اي على المحيل المحتال الا اذا توى حقه فيرجع عليه لانها مقيدة بسلامة حقه لان المقصود فيرجع عليه عند عدم السلامة وقال الشافعي لايرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يدل على التقييد وكان كذلك لايعود الا بسبب جديد لان الساقط لايعود كما برئ بالابراء وتأيد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه مفلسا فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجز له الرجوع ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا او مرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل ولا توى على مال

اي على
محمد

وهو اي التوى عند ابي حنيفة بموت المحال عليه مفلسا او انكاره اي انكار المحال عليه
الحوالة وحلف ولا بينة للمحتال والمحيل عليها اي على الحوالة فعنده يتحقق التوى
باحد الامرين لان العجز عن الوصول الى حقه يتحقق بكل واحد منهما والعجز عنه هو التوى
حقيقة اما الاول فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع
على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء
وجب الرجوع واما الثاني فلانه لا يقدر على مطالبته فيتعذر الاستيفاء ايضا فيجب الرجوع
وعندهما يتحقق به وبتفليس القاضي اياه اي المحال عليه ايضا والتفليس الحكم الحاكم
بافلاسه في حياته يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم فاستعمل مكان
افتقر يقال فلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله ثم ان هذا الاختلاف بناء
على ان الافلاس بتفليس الحاكم لا يتحقق عنده ويتحقق عندهما لانهما قالا ان التوى هو العجز
عن الوصول الى الحق وقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه
قال الامام انه عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث مال لان مال الله تعالى غاد ورائح
فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا وبالعكس فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحتال
مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط ان القول قول المحتال مع يمينه على علمه
لانه متمسك بالاصل وهو العسرة وان مات المحال عليه مفلسا لكن ترك كفيلا كفل عنه
بامره او بغير امره لا يعود الدين الى ذمة المحيل لانه ترك ذمة تطالب بالدين كذمته وان ترك
رهنا رهنه غيره بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى المحيل
لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحتال عليه مفلسا لانه لما مات مفلسا لم يبق
الدين والرهن بالدين كذا في الكافي وتصح الحوالة بالدراهم المودعة صورتها
رجل اودع رجلا الف درهم وللآخر على المودع الف درهم فاحال المودع الذي له الف
الوديعة بدينه على المستودع بالالف الذي هو عنده وديعة صح ويبرأ المحال عليه عن الحوالة
بهلاكها اي بهلاك الدراهم المودعة في يده لانه التزمها من مال معين لا مطلق فاذا هلك
ذلك بطل لان الحق كان متعلقا بذلك كالزكاة المتعلقة بنصاب معين وكذا يبرأ باستحقاقها
لانه كهلاكها وتصح الحوالة بالمغصوبة اي بالدراهم التي غصبها المحال عليه من المحيل
ولا يبرأ المحال عليه من الحوالة بهلاكها اي بهلاك المغصوبة لانها مضمونة فيكون المضمونة
قائمة مقام المغصوبة بخلاف المودعة لانها غير مضمونة ويبرأ المحال عليه من الحوالة
واذا قيدت الحوالة بالدين او الوديعة او الغصب لا يطالب المحيل المحتال عليه بها
لانه تعلق بكل واحد منها حق المحتال مع ان المحتال اسوة لغرماء المحيل بعد موته انما قال هنا
لدفع توهم ان المحتال لما كان اسوة لغرماء المحيل بعد موته يكون حق المحيل متعلقا بذلك الدين
فينبغي ان يكون للمحيل حق الطلب من المحتال عليه فالحاصل ان الحوالة المقيدة وان كانت موجبة لتعلق
حق المحتال بكل واحد منها لكن الحوالة ادنى مرتبة من الرهن حتى لا يكون المحتال احق من الغرماء بعد موت المحيل
بل يشاركونه جميعا وقال زفر المحتال احق به من الغرماء لانه اختص في حياته فكذا بعد مماته كالرهن في حق المرتهن
ولهذا لا يملك المحيل ابطال الحوالة بالابراء والهبة ولنا ان الدين في ذمة المحتال عليه على ملك المحيل قبل قبض المحتال
لانه لو صار ملكا له لكان تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه لا يجوز ولهذا لو بطل دين المحتال بالابراء
كان المحيل احق به واذا بقي على ملك المحيل صار بين غرمائه بالحصص ولم يختص المحتال به لان الاختصاص
بملكه رقبة او يدا والدين على الغير لا يقبل التمليك بوجه ما بخلاف الرهن لان المرتهن ملكه يدا
لانه بقبضه صار مضمونا من وجه فكان احق به من سائر الغرماء واذا قسم الدين بين غرماء
المحيل لا يرجع المحتال بحصة الغرماء على المحتال عليه لان الحوالة كانت مقيدة بدين كان عليه وقد
استحق ذلك فبطلت الحوالة لفوت ما قيدت به وحاصل هذا المحل ان الحوالة اما مطلقة او مقيدة اما المطلقة فهي
ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ويحيل على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له والمقيدة هي ان يكون
عند المحال عليه من دين او عين او غصب او وديعة يقول احلت الطالب عليك بالالف التي لي عليك على ان تؤديها من المال الذي في يدك

ولما

ولما ذكر حكم المقيدة شرع الآن في حكم المطلقة فقال وان لم يقيد الحوالة بشيء
مما ذكر فله اي للمحيل المطالبة اي مطالبة المحتال عليه بالعين او الدين ولا يبطل حق
المحتال عليه ان يدفعهما الى المحيل اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده او عليه بل حقه في ذمة المحتال
عليه وفي ذمته سعة فيأخذ ما يجب على المحتال عليه اداء دين المحتال من مال نفسه ولا يبطل
الحوالة باخذه ما على المحتال عليه من الدين او عنده من الوديعة والغصب يعني لا يبطل
الحوالة باخذ المحيل ما على المحال عليه ما احال عليه اما في المطلقة فظاهر لان الاطلاق
ينافي تعلق الحق بخصوصيات ما عنده او عليه واما في المقيدة فلان المحيل ليس له حق الاخذ
من المحتال عليه فاذا دفع اليه المحتال عليه فقد دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه
واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما احال به فقال المحيل احلت بدين لي عليك لا يقبل
قول المحيل بلا حجة يعني رجل احال رجلا على آخر بالف فدفع المحتال عليه الى المحتال
ثم طلب الدافع الالف من المحيل فقال المحيل احلت بالف لي كان عليك والمحتال عليه ينكر
فالقول له لا للمحيل ولا يكون الاقرار من المحتال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا
الحوالة دليلا على ان عليه دينا لان الحوالة تصح وان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين
الا ان يقيم المحيل بينة على ان له عليه دينا مثل ما احال به ولو طالب المحيل المحتال بما احال فقال
احلتني بدين لي عليك لا يقبل قول المحتال بلا حجة يعني اذا قال المحيل للمحتال اعطني
ما قبضته من فلان فانه انما احلتك ان تقبضه لي وكنت وكيلي في قبضه فقال المحتال
احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكره فالقول
للمنكر فلا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة وتكره السفتجة وهي الاقراض لسقوط خطر الطريق
والسفتجة بضم السين المهملة وسكون الفاء وفتح المثناة الفوقية وبالجيم واحدة السفاتج
تعريب سفته بفتح السين وسكون الفاء والتاء المثناة وهي شيء محكم وسمي هذا بها لاحكام
امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مثلا مبلغا قرضا ليدفعه الى صديقه في بلد آخر ليستفيد
سقوط خطر الطريق وانما اوردها ههنا لانها تشبه الحوالة من جهة انه يقرض تاجرا
ثم يحيل ما عليه لغريم له في بلد آخر او صديق له غالبا ولانه احال الخطر المتوقع على
المستقرض فيكون في معنى الحوالة وانما كانت مكروهة لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كل قرض
جر نفعا قيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة في عقد القرض اما اذا لم تكن فلا بأس بذلك

كتاب القضاء

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي
والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان تلك الخصال
والقضاء في اللغة له معان يكون بمعنى الالزام قال الله تعالى وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه
وبمعنى الاخبار قال الله تعالى وقضينا الى بني اسرائيل وبمعنى الفراغ قال الله تعالى فاذا قضيت
الصلوة وبمعنى التقدير يقال قضى الحاكم النفقة اي قدرها ويستعمل في اقامة
الشيء مقام غيره يقال قضى فلان دينه اي اقام ما دفع اليه مقام ما كان في ذمته وفي الشرع
قول ملزم يصدر عمن له ولاية عامة وفيه معاني اللغة جميعا فكانه الزمه بالحكم واخبره به
وفرغ عن الحكم بينهما او فرغ من الخصومة وقدر ما عليه او ماله واقام قضاءه مقام صلحهما
وتراضيهما لان كل واحد منهما قاطع للخصومة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى
وان احكم بينهم بما انزل الله وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم قضى وولى عليا ومعاذا
وبالاجماع وهو ظاهر وبالمعقول لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبه قامت السموات
والارض ورفع الظلم وهو مما يدعو عقل كل عاقل وانصاف المظلوم من الظالم
والنهي عن المنكر والامر بالمعروف ولاجله بعث الرسل والانبياء ومضى عليه الخلفاء والعلماء

اللهم اني اعوذ بك من جهد البلاء ودرك الشقاء وسوء القضاء وشماتة الاعداء
لمحرره

القضاء بالحق من اقوى الفرائض وافضل العبادات بعد الايمان بالله تعالى
امر الله به كل رسل حتى خاتم الرسل محمدا صلى الله عليه وسلم حيث قال انا انزلنا
التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين اسلموا وقال تعالى وان احكم
بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم وقال لداود فاحكم بين الناس بالحق ثم هو على خمسة اوجه
واجب وهو ان يتعين له ولا يوجد من يصلح له غيره لانه اذا لم يفعل ادى الى تضييع الحكم
فيكون قبوله امرا بالمعروف نهيا عن المنكر وانصاف المظلومين من الظالمين
لكنه فرض كفاية ومستحب وهو ان يوجد من يصلح له غيره لكن هو اصلح واقوم به
ومخير فيه وهو ان يكون هو وغيره في الصلاحية والقيام به سواء فهو مخير ان شاء قبل
وان شاء لا ومكروه وهو ان يكون صالحا للقضاء لكن غيره اصلح واقوم به وحرام
وهو ان يعلم من نفسه العجز عنه وعدم الانصاف فيه بما يعلم في باطنه من اتباع الهوى
ما لا يعرفه غيره فيحرم عليه والمصنف ذكر منها بعضها ثم اعلم ان رزقه وكفايته
وكفاية اهله واعوانه ومن يمونهم يكون من بيت المال لانه محبوس لحق العامة فلولا
الكفاية ربما يطمع في اموال الناس وان تنزه عن اخذ الرزق من بيت المال فهو افضل
وابو بكر الصديق رضي الله عنه لما ولي الخلافة خرج الى السوق ليكتسب فرده
عمر ثم اجمعوا على ان جعلوا له كل يوم درهمين وكان عنده عباءة قد اشتراه
من رزقه فلما حضرته الوفاة قال لعائشة اعطيها عمر ليردها الى بيت المال فقيل
له انه اذا استغنى لا ياخذ وهو المختار كذا في الاختيار واهله اي اهل القضاء
من هو اهل الشهادة وشرط اهليته شرط اهليتها على ما يجيء في كتاب الشهادة
ان شاء الله تعالى لان كلا منهما من باب الولاية لانه تنفيذ القول على الغير ولان كلا
منهما الزام اذ الشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم فما يشترط
لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل له اي للقضاء ويصح
تقليده ويجب ان لا يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته في الدين بواسطة
فسقه لكن لو قلد صح ويأثم المقلد كما يصح قبول شهادته اي شهادة الفاسق
بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين
شهد لهم النبي عليه السلام بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ويجب ان لا تقبل
شهادته لقلة مبالاته في الدين وان قبل صح ويأثم القابل وقال صاحب الدرر
وهنا اي صحت قبول شهادته اذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ انتهى وقال بعضهم
لا يجوز تقليده كما لا يجوز قبول شهادته كذا في التسهيل ولو فسق العدل باخذ الرشوة
وغيره مثل الزنا وشرب الخمر يستحق العزل فيعزله من له الامر ولا ينعزل في ظاهر المذهب
وعليه مشايخنا اذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم وروي عن الكرخي انه
ينعزل بالفسق وهو اختيار الكرخي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف وذكر علي السغدي في
كتاب الحدود والاحكام تفصيلا متعلقا بهذا المقام فلا باس علينا ان نذكره
وهو هذه المسائل المتعلقة بالقضاء مشهورة فلنقتصر ههنا على ما فيه نوع غرابة فنقول
القاضي اذا فسق فارتشى هل ينعزل ام لا قال في الواقعات واختار الطحاوي ان الفاسق
اذا تقلد القضاء لا يصير قاضيا ولو فسق ينعزل بالفسق والصحيح ما في شرح ادب القاضي
ان القاضي لا ينعزل بنفس الفسق بل يعزل وفي الخلاصة واختلف الروايات في تقليد
الفاسق والاصح انه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال وفي المحيط انه يستحق
العزل بنفس الفسق عند عامة المشايخ وان شرط في التقليد انه متى جار ينعزل فهو
ينعزل اذا جار وعند الشافعي ينعزل مطلقا والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل
بالفسق بلا خلاف انتهى كلام الخلاصة ونقل الناطفي في الاجناس عن ادب القاضي
للخصاف اذا ارتشى القاضي وحكم لا يجوز حكمه فان رد ما اخذ وتاب فهو على قضائه

وفي

وفي بغداد ابن هشام قال محمد لو فسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه وعن الكرخي
انه ينعزل بفسقه وعن علي الرازي صاحب ابي يوسف انه ينعزل بالفسق ولا ينعزل
الخليفة بالفسق انتهى كلام الاجناس ثم قال ولو ان مكث قاض زمانا طويلا ثم فسق بعد
ذلك وارتشى فكل قضية قضى بها قبل الفسق فحكمه بها نافذ وبطل كل ما قضى به بعد فسقه انتهى
وفي فصول الاستروشني القاضي اذا ارتشى وحكم ينفذ قضاؤه فيما لم يرتش وقال الامام
علي البزدوي انه ينفذ فيما ارتشى ايضا وقال بعض مشايخنا ان حكم فيما ارتشى وفيما لم يرتش
باطل وبالقول الاول اخذ شمس الائمة السرخسي وهو اختيار الخصاف ارتشى ابن القاضي
او كاتبه او بعض اعوانه فان كان بامره او رضاه فهو بمنزلة ارتشاء القاضي فقضاؤه مردود
وان كان بغير علم القاضي نفذ قضاؤه وان كان على الراشي رد ما قبضه انتهى كلام الفصول
وفي اجناس الناطفي الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز ان يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ
ذكر محمد بن شجاع في نوادره سمعت بشر بن غياث يقول ان الحجم على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب
جاهل ومكار مفلس ثم قال ابن شجاع ولا باس بان يستفتى من الفقيه الفاسق اذ هو مجتهد
في الاحتراز عن تخطئة الفقهاء فيسعى في الصواب انتهى كلام الاجناس وفي غاية البيان
نقلا عن الفتاوى فان اخذ القاضي الرشوة وحكم للذي ارتشاه بحق ليس فيه ظلم كان هذا
الحكم باطلا فلا يحل لاحد من القضاة ان ينفذه بل يرده اذ قد سقطت عدالة المرتشي
قال الله تعالى لولا ينهاهم الربانيون والاحبار عن قولهم الاثم واكلهم السحت وقال اكالون للسحت
الرشوة كذا فسره ابن عباس رضي الله عنهما وعن مسروق سأل ابن مسعود رضي الله عنه عن السحت فقال
هو الرشوة فقال السائل ما الحكم فقال وحكم ذلك الكفر ثم تلا قوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله
فاولئك هم الكافرون وقال السرخسي روى ابو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم وعنه عليه السلام الراشي والمرتشي في النار وعنه عليه السلام
الراشي والمرتشي والرائش ملعون والرشوة من الرشا وهو الحبل فان النازع لا يتوصل الى
استقاء الماء الا به فكذلك الانسان اذا كان لا يتوصل الى مقصوده فانه يرشو ليتوصل الى مقصوده
والراشي هو الذي يعطي الرشوة والمرتشي هو الذي ياخذها والرائش هو الذي يتوسط بينهما
ليسوي امرهما انتهى كلام الغاية ثم قال نقلا عن الفتاوى والرشوة اقسام الاول ان يعطي
لمن خوفه وهدده ليتخلص من شره ويامن من خوفه والثاني ان يرشو انسانا ليسوي امره
فيما بينه وبين السلطان ويسعى في ذلك الباب والثالث ان يرشو ليتقلد القضاء
من السلطان والرابع ان يرشو الى القاضي ليقضي له اما القسم الاول فحكمه انه لا يحل للآخذ
بل هو حرام محض عليه واما المعطي فيحل له الاعطاء اما الاول فلان الكف عن التخويف
والتهديد واجب عليه لحق الاسلام فاذا اخذ المال لاقامة الواجب يكون هذا المال حراما
واما الثاني فلانه جعل المال وقاية لنفسه او صونا لعرضه وهو موافق للشريعة الا ترى
الى ما روي عن بعض الصحابة انه قال ما وجدنا في زمن زيادة شيئا خيرا من المال كنا نبذله
لنصون به انفسنا فدل ذلك على ان البذل والاعطاء جائز واما القسم الثاني
فحكمه انه لا يحل له الاخذ والحيلة في ذلك ان يقول الرجل له استأجرتك يوما الى الليل
ببدل معلوم فيستأجره ثم ان المستأجر بالخيار ان شاء استعمله في هذا العمل وان
شاء استعمله في عمل آخر واما الثالث فحكمه ان لا يجوز الاخذ والاعطاء بل الراشي
والمرتشي كلاهما في النار قال عليه السلام انا لا نقلد من يأتينا عليه بالشفعاء
فاذا كان التقليد ممنوعا بالشفعاء فما ظنك بالتقليد بالرشوة اذ الراشي اراد ان
يرشو لياخذ من الناس اكثر مما اعطى فيحرم الاخذ والاعطاء واما الرابع فحكمه انه ان
اخذه القاضي ليحكم بالجور فالماخوذ حرام لوجهين الاول انه رشوة فيكون حراما والثاني انه وسيلة
الى الجور والجور حرام فوسيلته اولى بالحرمة فهو حرام على حرام ظلمات بعضها فوق بعض وان اخذه ليحكم
بالحق فالماخوذ حرام عليه لان الحكم بالحق واجب عليه فاخذ الرشوة عليه حرام انتهى ما ذكره [illegible]

مطلب انواع الرشى

ولو اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا لانه بناء على الفاسد وقد لعن الله الراشي والمرتشي
على ما روي قال في العمادية القاضي اذا اخذ القضاء برشوة هل يصير قاضيا اختلف فيه
المشايخ الصحيح انه لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه والفاسق يصلح مفتيا
فيما سامع القضاء لانه يجتهد ان لا يقع في الخطأ احترازا عن تخطئة الفقهاء على ما قال
به شجاع على ما نقله الناطفي في الاجناس وقيل لا يصلح مفتيا لانه من امور الدين
وخبر الفاسق لا يقبل فيها ولا ينبغي ان يكون القاضي فظا وهو سيء الخلق الغليظ
اي خشونة القول غليظا وهو الشديد في الكلام جبارا اي متجبرا متكبرا لان الكبرياء
لا يليق الا به تعالى عنيدا اي المخالفا للحق لان العناد شؤم منهم وينبغي ان يكون موثوقا
في دينه بالاحتراز عن الحرام وعفافه لانه ملاك الدين وعقله لانه مدار التكليف
وصلاحه لان منشأ العشا وفهمه ليفهم كلام النساء والخصوم وكتب القضاة
وعلمه بالسنة وهي ما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم والآثار وهي ما يروى عن الصحابة
ووجوه الفقه اي مسائل متعلقة باحكام الوقايع والقياسات ومآخذها كي
يقدر على فصل الخصومات بين الانام لانه اذا لم يعلم السنة والآثار ووجوه الفقه لا يعلم
كيف يقضي وكذا المفتي يعني ينبغي ان يكون موصوفا بالصفات المذكورة
ولا يكون فظا غليظا ولا جبارا عنيدا والاجتهاد قال صاحب الهداية وصاحب الكافي
وحد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة
بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس
في موضع النص وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان القياس
قد يترك بالعرف الا يرى ان الاستصناع جوز عرفا بخلاف القياس شرط الاولوية
في القاضي والمفتي لا الجواز هذا هو الصحيح تيسيرا وتسهيلا فيصح تقليد الجاهل
قال صاحب الهداية والصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل
فصحيح عندنا خلافا للشافعي وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة
دون العلم ولنا ما روي انه عليه السلام قلد عليا قضاء اليمن قبل ان يبلغ حد الاجتهاد
ولانه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه
قال صاحب العناية قوله واما تقليد الجاهل صحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل
المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب
بسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب
لما ذكر بعده وهو قوله خلافا للشافعي فانه علله بقوله لان الامر بالقضاء يستدعي القدرة
عليه ولا قدرة بدون العلم ولم يقل بدون الاجتهاد وقوله ولنا انه يمكن ان يقضي بفتوى
غيره لان المقصود من القضاء ان يصل الحق الى المستحق يقول الفقير
نعم لكن قوله ولنا ما روي انه عليه السلام قلد عليا قضاء اليمن قبل ان يبلغ حد الاجتهاد
يدل على الاول لا على الثاني هذا وهو ما ذكره بعد وقال سعدي افندي اقول
لعل المراد بالعلم في قوله بدون العلم هو العلم المعهود اعني العلم بالاحكام الشرعية عن ادلتها
التفصيلية بقرينة المقام ويختار المقلد الاقدر والاولى لانه خليفة رسول الله
صلى الله عليه وسلم في القضاء وقد قال عليه السلام من قلد غيره عملا وفي رعيته
من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاة
اهم امور الدين واعمال المسلمين يعرف الفقهاء بالتامل في قوله عليه السلام
وفي تكرير لفظ خان في قوله وخان جماعة المسلمين فانه يدل على عظم هذه الخيانة
وعلى كون المقلد خائنا اعظم تنبيه وكره التقلد لمن خاف الحيف والعجز عن القيام به
كيلا يصير الدخول فيه وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء ولا بأس به
اي التقلد لمن يثق بنفسه ان يؤدي فرضه والاصل فيه ان القضاء بالحق فريضة محكمة وسنة متبعة

قد باشره الصحابة والتابعون ومضى عليه الصالحون ولكنه فرض كفاية
لانه ما فرض لعينه بل لغيره وهو قطع المنازعات بين العباد وهذا يحصل باقامته
فلا معنى للوجوب على الكل ولكنه انما يباح الدخول فيه لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه
ويكره لمن خاف العجز ولا يأمن على نفسه الحيف فيه وكره بعض السلف الدخول فيه
مختارا اي سواء وثق بنفسه او خاف عليها لقوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء فكانما
ذبح بغير سكين وقيل قد ازدراه بعض القضاة وقال كيف يكون هذا
ثم دعا في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض شعره فبينما اذ عطس فاصابه
الموسى والقى راسه بين يديه وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة
حتى يرجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء ايسوا من نبوته كذا في الكافي
قال صاحب العناية قال صدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول
الا مكرها ان ابا حنيفة رضي الله عنه دعي الى القضاء ثلاث مرات حتى ضرب في كل مرة
ثلاثين سوطا فلما كان المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف
فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب وقال
لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة
وثيق والملاح عالم فقال ابو حنيفة كاني بك قاضيا فكذا دعي محمد الى القضاء فابى
حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد انتهى قال صاحب الهداية وصاحب الكافي
والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل بحيث عدل ساعة خير من عبادة
ستين سنة والامتناع عنه عزيمة لانه مأمور بالقضاء بالحق وربما الظن في الابتداء
انه يقضي بالحق ثم لا يقدر عليه في الانتهاء ولانه لا يمكنه القضاء بالحق الا باعانة غيره
ولعل غيره لا يعينه وقال السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم
صالحون واجتنبه قوم صالحون لكن ترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم ان
يقضي بحق ولا يدري ايقدر على الوفاء به اولا ففي ترك الدخول صيانة لنفسه هذا اذا كان
في البلد غيره ممن يصلح للقضاء ومن تعين له القضاء او تعين القضاء له فرض عليه
صيانة لحقوق العباد ودفعا لظلم الظالمين وان كان في البلد قوم يصلحون للقضاء
فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا ان كان السلطان لا يفصل الخصومات بين الناس
والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى
ولا يطلب القضاء ولا يسأله يعني من صلح للقضاء ينبغي له ان لا يطلبه بقلبه ولا يسأله
بلسانه لما روى انس بن مالك من قوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن
اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب وقوله وكل
بالتخفيف اي فوض امره الى نفسه ولم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء وقال
عليه السلام لعبد الرحمن بن سمرة يا عبد الرحمن لا تسأل الولاية فانك ان سألت
وكلت اليها وان اعطيتها اعنت عليها وقال عليه السلام من طلب عملا فقد غل
وعن عمر رضي الله عنه من طلب القضاء ولان من طلب القضاء يعتمد فقهه وورعه
وذكاءه واعجب بنفسه فيحرم التوفيق ومن اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله وتوكل عليه
ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق للصواب ويجوز تقلده
من السلطان الجائر واهل البغي لان الصحابة تقلدوه من معاوية وكان الحق
مع علي في نوبته وانما قيل في نوبته احترازا عما يقوله الروافض خذلهم الله من
ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعثمان وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد
على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة من اصول الكلام قال سعدي افندي ويحتمل
ان يكون احترازا عن خلافة معاوية استقلالا انتهى وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من
الحجاج مع ان جوره مشهور في الآفاق فقد قال الحسن فيه لو جاء كل امة بخبيثها وجئنا به لغلبناهم

وفي بعض الكتب لا تسأل الامارة

قال صاحب العمادية التقلد من اهل البغي يصح ويجوز استيلاء الباغي لا ينعزل
قضاة العدل ويصح عزل الباغي لهم حتى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا ينفذ قضاياهم
مالم يقلده السلطان العدل الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق استثناء
من قوله ولا يجوز تقلده من السلطان الجائر من اهل البغي يعني يجوز الا اذا لم يمكنه
السلطان الجائر واهل البغي من القضاء بحق فح لا يجوز تقلده منهما لان المقصود
من القضاء وهو تنفيذ الاحكام لا يحصل فلا فائدة في التقلد ٥
واذا تقلد بعد عزل الاخر يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات
والمحاضر وغيرها من الصكوك وكتاب نصب الاولياء وتقدير النفقات وامنائهم
لان ديوان القاضي المقصود منه الحجة والوثيقة للناس فيجب ان يجعل في يد من ينظر
في امورهم وهو القاضي المولى لانه محتاج الى معرفة ما فيه فكان له اخذه ثم الورق
الذي كتب عليه القاضي المعزول الحوادث ان كان من بيت المال يجبر على دفعه لانه انما
كان في يده لعمله وقد صار العمل لغيره وكذا ان كان من ماله او من مال الخصوم لانه ما اتخذه
للتمول بل للتدين وكذا الخصوم تركوه في يده لعمله وقد انتقل اليه فيه والمحاضر جمع محضر
وهو ما كتب فيه حضور المتخاصمين عند القاضي وما جرى بينهما من الاقرار والانكار
والحكم بالبينة والنكول على وجه يرفع الاشتباه والسجلات جمع سجل وهو هنا
بعينه والصك ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار ونحوها والحجة والوثيقة يتناولان
الثلاثة يعني السجل والمحضر والصك لان في كل منهما معنى الحجة والوثاقة كذا في الدرر
ويبعث القاضي الجديد امينين من ثقاته يقبضانها اي الخرائط وهو احوط والواحد يكفي
بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا للكشف لا للالزام على الغير فانه
بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ويجعلان كل نوع في خريطة
على حدة فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلان في خريطة وما كان من نصب الاوصياء و
اموال اليتامى يجعلان في خريطة وما كان من تقدير النفقات يجعلان في خريطة وما كان من نسخة
قيم الاوقاف يجعلان في خريطة وما كان من الصكوك يجعلانها في خريطة كيلا يشتبه على القاضي الجديد
وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما
يحتاج اليه وقت الطلب واما الجديد فيشتبه فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة
يشتبه عليه فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك ومتى قبضا ذلك
يختمانه احترازا عن الزيادة والنقصان كذا في العناية والكافي
وينظر القاضي الجديد في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتي باسمائهم
ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول ليس بحجة
فلا بد من التفحص احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اقر منهم بحق او قامت عليه به
ارباب الحق بينة الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك ولا يعمل بقول المعزول
لما انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه
فان قامت عليه البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود رده الى الحبس لقيام الحجة
فان لم يعرفهم القاضي يزكي فان عدلوا فكذلك يحبسه وان لم تقم البينة او لم يحضر خصم
وادعى المحبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه اياما وهو [illegible]
ولا ينادى عليه اياما كل مجلس على حسب ما يرى يقول المنادي ان القاضي يقول
من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس لفلان فليحضر فان حضر والا فمن رأي القاضي
ان يطلقه اطلقه ثم يخلي سبيله ان لم يحضر له خصم بعد النداء لكن بعد ما استظهر في امره
قال اهل اللغة الاستظهار الاحتياط يعني يخلي سبيله بعد ما احتاط في امره كيلا
يؤدي الى ابطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه وفعل القاضي الاول
حق ظاهرا ويأخذ منه كفيلا بنفسه هذا كالتفسير للاستظهار ولم يقع في اكثر النسخ

قال

فيها ما

قال الفاضل سعدي جلبي ولا يبعد ان لا يكون السؤال بمعنى الاستعلام بل بمعنى الاستعطاء اي يستعطيا القاضي المعزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعد مثلا يستعطيان اولا خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك يؤيده قوله فيما سبق ومن قلد القضاء يسأل ديوان قاض قبله انتهى

قال صاحب البداية فاذا رأى الاحتياط ان يأخذ كفيلا فعل وقال صاحب الاختيار
وان لم يحضر لا يخليه حتى يستظهر في امره فيأخذ منه كفيلا بنفسه وكلاهما يدل على ان قوله
ويأخذ عطف تفسير لقوله استظهر في امره وينظر القاضي الجديد في الودايع وارتفاع
الموقوف لانه نصب ناظرا في امور المسلمين فيعمل فيهما على حسب ما يقوم به البينة او
باعتراف من هو بيده فلهذا قال ويعمل في الودايع وغلات الوقف الخ ومنها
المعزول في ايدي الامنة بالبينة او باقرار ذي اليد لانه لا بد لعملهم من حجة وكلام المعزول ليس بحجة
لا يعمل بقول المعزول لما مر في مرة الا ان اقر ذو اليد بالتسليم منه اي من المعزول
يعني لا يقبل قول المعزول الا ان يقر ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فح يقبل فيها قول
المعزول لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده
في الحال لان من في يده مال اذا اقر لانسان يقبل اقراره ولو كان بيده عيانا
صح اقراره فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدأ ذو اليد
بالاقرار لغيره ثم اقر القاضي وان القاضي يقول هي لغيره فانه يسلم الى المقر له الاول
لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي
وجعل صاحب العناية هذه المسألة على خمسة اوجه ان شئت فراجعه
ويجلس القاضي للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
والمسجد الجامع اولى كذا روي عن ابي حنيفة لانه اشهر وارفق بالناس قال الامام علي البزدوي
هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها
كيلا يلحق بعض الخصم زيادة مشقة بالذهاب اليه وقال الشافعي يكره في المسجد لانه يحضره
المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول
في المسجد وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فتقدم اليه الخصمان وبين الذهاب
لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال
انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومات
في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات
وان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة وقول الشافعي لانه
يحضره المشرك وهو نجس قلنا النجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنعهم من دخوله اذ لا يصيب الارض
منهم شيء والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل
بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره واذن
للناس في الدخول في داره فلا بأس به ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك
لان الجلوس في داره وحده يورث التهمة ولا يقبل هدية الا من قريبه او ممن جرت عادته
بمهاداته لان هدايا الامراء غلول الا من ذي رحم محرم لانه من صلة الرحم او ممن جرت عادته
قبل القضاء بمهاداته لانه لا يصيب اكله بقضائه بل باعتبار المعتاد بينهما ان لم يكن له
للقريب او من جرت عادته بمهاداته خصومة ولم يزد على العادة اما اذا كان له خصومة
فللتهمة واما اذا زاد فلانه انما زاد لاجل القضاء فيرد الزيادة عند البعض ويضع
في بيت المال عند البعض والحاصل ان المهدي للقضاء اما ان يكون ذا خصومة اولا
والاول لا يجوز للقاضي قبول هديته مطلقا سواء كان قريبا او بعيدا مهاديا قبل القضاء
اولم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت العادة بمهاداته اولا والثاني كذلك لانه
اكل بالقضاء والاول يجوز قبول هديته ان لم يزد له العادة على المعتاد ثم انه لو اخذ
القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا يضعه في بيت المال وعامتهم قالوا
يردها على اربابها ان عرفهم والبخاري في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم
يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة والوجه في وضعه في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو فيه نائب

والسير الكبير للامام محمد
هو المعنى
انه مع علمه فكانت الهدايا من حيث

ويحضر الدعوة العامة لانه عليه السلام كان يقضي بين الناس ويجيب الدعوة
وكان يقول من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ولان الدعوة اذا كانت عامة لا يكون
القاضي مقصودا بها لا الخاصة لان المقصود هو القاضي فيصير اكلا بقضائه
وجاز الدعوة الخاصة ما لم يتخذ ان لم يحضره القاضي • اختلف في حد الدعوة العامة
والخاصة قال بعضهم الخاصة ما يكون دون العشرة والعامة ما يكون عشرة او فوقه
وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وقال بعضهم الدعوة الخاصة ما
علم ان المضيف لا يتخذها ان لم يحضرها القاضي والعامة ما علم ان المضيف يتخذها
وان لم يحضرها وهو اختيار السرخسي واختاره المص قال صاحب العناية والاولى
لعفة القضاة ان لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه
يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وذكر فخر الاسلام ابو اليسر انه اذا كانت
الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب هذه الدعوة وان كانت عامة لانه يؤدي
الى ايذاء الخصم الاخر او الى التهمة ويشهد الجنازة ويعود المريض لانهما من حقوق المسلم
قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق منها شهود الجنازة وعيادة المريض
روى ابو ايوب رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم
ست خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيب
واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه
واذا عطس ان يشمته كذا في العناية نقلا عن تنبيه الغافلين ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا
مسلما له معرفة بالفقه لانه اذا لم يكن عدلا لا يؤمن من خيانته واذا لم يكن مسلما لا يؤمن
ان يكتب ما لا يقتضيه الشريعة واذا لم يكن فقيها لا يعرف كتبة السجلات مما يحتاج اليه
القاضي من الاحكام ويجلس الكاتب ناحية عن القاضي حيث يراه لا يخدع بالرشوة
ويسوي بين الخصمين اذا حضرا جلوسا فيجلسهما بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما
في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي فيفوت التسوية واقبالا ونظرا
والاصل فيه قوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بين الخصوم في
المجلس والاشارة والنظر وقد قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط
اي بالعدل العدل التسوية بين الناس وفي كتاب عمر رضي الله عنه سو بين الناس في
مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف جورك
ولانه اذا فضل احدهما ينكسر قلب الاخر فلا ينشرح للدعوى والجواب ولا يسار احدهما
ولا يشير اليه اي لا يتكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا براسه ولا بحاجبه
ولا يضيف احد الخصمين دون الاخر لانه عليه السلام نهى عن ذلك وروي عن علي رضي
انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يضيف القاضي الخصم الا ان يكون الاخر
ولا يضحك اليه اي الى احدهما لان ذلك يجرئه على خصمه ولان فيه كسر القلب للاخر
ولا يمزح معه اي مع الخصم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا
يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم من اساءة الادب ويقال له صاحب المجلس
والشرط والتوهيب ولا يلقنه حجة لانه يكسر قلب الاخر ويلحق به تهمة الميل فربما
يذهب الاخر ويترك حقه خفاء رجوله ويكره تلقينه اي تلقين القاضي الشاهد بقوله اتشهد بكذا
لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين
وعن هذا قال واستحسنه اي التلقين ابو يوسف في غير موضع التهمة لان القضاء
مشروع لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القضاء فكان
في التلقين احياء للحقوق اما في موضع التهمة فلا يجوز بالاتفاق كذا في العناية ولا يبيع القاضي
ولا يشتري لنفسه في مجلسه اي في مجلس القضاء لما فيه من التهمة ولا باس في غير المجلس
الا انه يكره ايضا وانما يبيع ويشتري ممن لا يعرفه ولا يحابيه لما ذكرنا انه يذهب بهيبة القضاء

مطلب جواز اتخاذ الحاكم ... للقضاة

فان

من التجوز والتغوط والوقاع ونحوها او بحيلة كالنوم له اعني النعاس منه

سغب كفرح ونصر سغبا وسغبا وسغابة وسغوبة ومسغبة جاع وتعب فهو ساغب وسغبان كذا في القاموس منه

فان عرض له هم او نعاس او غضب او جوع او عطش او حاجة حيوانية هو
كف عن القضاء قال عليه السلام لا يقضي القاضي وهو غضبان وفي رواية وهو سغبان
ولانه يحتاج في القضاء الى [illegible] وهذه الاعراض تمنع صحة فكره فلا يومن
عن الوقوع في الخطا ويكره له صوم التطوع لانه لا يخلو من الجوع ولا يتعب نفسه بطول
الجلوس ويتحدث طرفي النهار واذا طمع في ارضاء الخصمين ردهما مرتين لقول عمر رضي الله عنه
ردوا الخصوم حتى يصطلحوا وان لم يطمع انفذ القضاء بينهما لعدم الموجب للتاخير
واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء قال لهما ما لكما وان شاء سكت حتى يتكلما واذا تكلم احدهما اسكت الاخر ليفهم دعواه

فصل في الحبس

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة
وهو مشروع بقوله تعالى او ينفوا من الارض والمراد به الحبس عقوبة على قطاع الطريق
وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حبس رجلا في تهمة وروي ان ناسا من اهل الحجاز
اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحبسهم ... ولم يكن في
زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا في زمن ابي بكر وعمر وعثمان سجن وكانوا يحبسون في المسجد
والدهليز حيث امكن ولما كان زمن علي احدث السجن من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص
ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا ثم قال اما تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا
بابا حصينا واميرا كيسا وهذا كله يدل على ان الحبس مشروع لان القاضي نصب لايصال الحقوق
الى مستحقيهم فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن بد للقاضي من ان يجبره
على اداء الحق للطالب ولا خلاف بين الناس ان لا يجبره بالضرب فينبغي ان يجبره بالحبس
قال صاحب القاموس خيسه تخييسا ذلله والمخيس كمعظم سجن بناه علي رض بعد نافع
انتهى وقال صاحب النهاية المخيس من التخييس وهو التذليل ويروى بفتح الياء فهو موضع
التخييس وهو الذي اختاره صاحب المغرب وبالكسر المذلل انتهى وقال صاحب البناية
المخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التامل في الامور والمكيس منسوب الى
الكيس الرجل وامينا اي نصبت به امينا يعني السجان وان ثبت الحق للمدعي وطلب
المدعي حبس خصمه فان ثبت بالاقرار لا يحبسه لان الحبس جزاء المماطلة واذا ثبت
الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم
استصحب المال فان ابى الا الاداء او فيك حتى لا الا اذا امره بالاداء فابى
فيحبسه لانه يظهر مطله وان ثبت الحق بالبينة حبسه قبل الامر بالدفع ان طلب
حبسه لان الحبس جزاء الظلم والمطل يصير ظلما لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم
وقيل لا يحبس قبل الامر بالدفع وروي عن السرخسي عدم حبسه قبل الامر بالدفع اذا
ثبت بالبينة وحبسه قبله اذا ثبت بالاقرار ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان
له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا فاذا علمت الان لا اتوانى في قضائه ولا يمكنه مثل
هذا الاعتذار في فصل الاقرار ثم ان الدين غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدراهم
وما دونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج في رمضان والفطر
والاضحى والجمعة او صلاة مكتوبة او حجة فريضة او حضور جنازة بعض اهله او موت
الوالد او ولده اذا كان ثم من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقامة بغيره
وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه يلزم القيام بحق الوالدين
وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر قال الكاكي وقيل يخرج بتكفين الجنازة الوالدين
والاجداد والجدات والاولاد دون غيرهم وعليه الفتوى كذا في تعليقات سعدي افندي
فان ادعى الفقر لا يلتفت اليه ويحبسه في كل ما لزمه بدلا عن مال كالثمن والقرض
او لزمه بالتزامه كالمهر المعجل والكفالة لثبوت امارة غناه في هذين الموضعين

اما في الاول فلانه ظهرت قدرته بما دخل في ملكه وزواله محتمل واما في الثاني فلالتزامه
باختياره دليل يساره اذ الظاهر انه لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه واما اذا طلبت
المرأة المؤجل من المهر بعد ما دخل بها فالقول للزوج في عسرته لانه لا يدل على
القدرة لا فيما عدا ذلك مثل ضمان المتلفات واروش الجنايات ونفقة الاقارب
والزوجات واعتاق العبد المشترك لانه لم يوجد امارة غناه والاصل في الآدمي
العسرة فيكون القول لمن عليه وعلى المدعي اثبات غناه وعن هذا قال
الا اذا برهن خصمه ان له مالا فيحبسه لانه يظهر ظلمه وذكر الخصاف ان القول للمديون
في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة ورب الدين يدعي امرا عارضا
ويحبسه اي يحبس القاضي المديون مدة يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره
هو الصحيح وقيل يحبسه شهرين او ثلثة اشهر وقيل ستة اشهر وقيل اربعة اشهر
وجميع ذلك مروي عن ابي ح وانما صار المذكور في المتن اولى وصحيحا لان بعض الناس
يكون حبسهما بحيث حبسه زمانا طويلا اهون عليه من اخراج ماله فقيل
فينبغي ان يحبس مدة يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره فان لم يظهر له مال خلى سبيله
بعد مضي المدة التي راها القاضي برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ
كشهرين او ثلثة اشهر او ستة اشهر او اربعة اشهر لقوله تعالى فنظرة الى ميسرة فحبسه
يكون ظلما الا ان برهن خصمه على يساره فيؤبد حبسه لان الحبس جزاء الظلم
فاذا امتنع من اداء الحق مع القدرة عليه يظهر ظلمه فيجازى بتأبيد حبسه
ولا يسمع البينة على اعساره قبل حبسه عليه عامة المشايخ لانها بينة على النفي
فلا تقبل ما لم يتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل ويحبس الرجل لنفقة زوجته
يعني اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار ولم ينفق عليها
ورفعت امرها الى القاضي حبسه لظهور ظلمه بالامتناع لا يحبس والد في دين ولده
لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على ابيه كالحدود والقصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف
ولا تنهرهما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وكذا لا يحبس الام والجد والجدة وان علوا
في دين الولد الا اذا ابى الوالد من الانفاق عليه اي على الولد فانه يحبس لان فيه احياء له
وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف الولد ولان
سائر الديون لا تسقط بتأخير الاداء والنفقة تسقط بمضي الوقت فافترقا
ولو مرض المحبوس في الحبس لا يخرج من الحبس ان كان له من يخدمه فيه لانه شرع ليضجر
فيتسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد ضجره والا اي وان لم يكن له من يخدمه فيه
اخرج منه لانه اذا لم يكن له من يخدمه فربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه
ولا يمكن المحترف من اشتغاله بالحرفة فيه اي في السجن هو الصحيح يعني اذا اراد المحبوس
ان يعمل حرفته في الحبس اختلفوا فيه قال السرخسي الصحيح انه يمنع لانه لو اشتغل به
يفرغ خاطره لان السجن ح يصير بمنزلة حانوته فلا يتهم لاداء دينه وقال
غيره لا يمنع لانه نفقته ونفقة عياله عسى يكون من ذلك كذا في فتاوى قاضيخان وان
ويمكن من وطء جاريته ان كان فيه اي في السجن خلوة قال قاضيخان في فتاواه
ولو احتاج الى الجماع لا بأس بان تدخل عليه زوجته او جاريته فيطأها في موضع لا يطلع
عليه غيره وعن ابي يوسف عن ابي ح انه يمنع عنه لان المنع عن ذلك لا يفضي الى الهلاك
وعسى يكون المنع سببا الى زيادة ضجره فيحمله على قضاء الدين قال
صاحب العناية ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته او جاريته فيطأها
حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا عن شهوة
الفرج وقيل الوطء ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام
ولا يمنع دخول اهله وجيرانه عليه لتشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث انتهى

يقول

بقوله الفقير المذكور في فتاوى قاضيخان والعناية دخول زوجته وجاريته
لوطئها حيث لا يطلع عليه احد لو احتاج الى الجماع والمصنف خص الجارية بالذكر
ليت شعري لم خصها والحكم عام كما نقلناها واذا تمت المدة ولم يظهر له
مال خلى سبيله تكرار بلا فائدة معتد بها لكن ذكره لتمهيد قوله ولا يحول بينه وبين
غرمائه عند ابي ح يعني لا يأمرهم ان يتركوا ملازمته كيلا يؤدي الى ابطال حقهم
بل يلازمونه قال قاضيخان وبعد ما خلى سبيله هل لصاحب الدين ان يلازمه
اختلفوا فيه والصحيح ان له ان يلازمه للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
لصاحب الحق يد ولسان قالوا اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي
ولا يمنعونه من التصرف والسفر لانه ربما يكون معيشته من كد يده وسعيه
فلم يكن لصاحب الحق ان يمنعه قال صاحب العناية قوله ولا يمنعونه من التصرف
والسفر تفسير للملازمة يعني انهم يدورون معه اينما دار ولا يمنعونه من التصرف
والسفر ويأخذون فضل كسبه بعد رخصته من الدين لاستواء حقوقهم في
القوة قال صاحب العناية هذا اذا اخذوا فضل كسبه بغير اختياره او اخذه
القاضي وقسم بينهم بدون اختياره واما المديون لو آثر احد الغرماء على غيره
بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف
درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة وللآخر منهم ثلاثمائة وللآخر منهم مائتان
وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحبسوه بين يديهم في مجلس القضاء كيف يقسم ماله
بينهم قال اذا كان المديون حاضرا فانه يقضي دينه بنفسه وله ان يقدم البعض
على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به
حق احد فيتصرف فيه على حسب مشيئته وان كان المديون غائبا والديون
ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضي
ولاية تقديم بعضهم على بعض انتهى وكذا وقع في النهاية بعينه يقول الفقير
لعل فائدة ايثار المديون احد الغرماء على غيره انه لو آثر وقدم البعض وادى
دينه لا يكون لغيره من الغرماء ان يأخذوا ما اداه الى من آثره من يده ويقسموا بينهم
بالحصص والا فلهم ان يأخذوا ما في يد المديون بغير اختياره ويقسموا
بينهم بالحصص وكذا للقاضي ان يأخذه بغير اختياره ويقسمه بينهم على ما مر آنفا
والملازمة ان يدوروا معه حيث دار فان دخل داره لا يدخلون معه ويجلسوا
على الباب حتى يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة قال قاضيخان
قال الحلواني احسن الاقاويل في الملازمة ما روي عن محمد انه قال يلازمه
في فناء الدار ولا يمنع من الدخول الى اهله ولا من الغداء والعشاء ولا من الوضوء
والخلاء فاذا اراد الطالب ان يمنعه من ذلك فانه يكفيه مؤنة الغداء والعشاء وما
يحتاج اليه مما لا بد منه انتهى ولو كان الدين لرجل على امرأة [illegible]
لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية بل يبعث امرأة امينة تلازمها
وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا اذا فلسه الحاكم يحول بينه
وبين غرمائه الا ان يأمرهم ان يتركوا ملازمته الى ان يبرهنوا ان له مالا
لان القضاء بالافلاس يصح عندهما فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة
وعند ابي ح لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان
وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة
وفي قوله الى ان يبرهنوا الى آخره اشارة الى ان بينة اليسار ترجح
على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة كذا في الهداية

فصل

اورد هذا الفصل بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجن يتم
بقاض واحد وهنا باثنين والواحد قبل الاثنين فلهذا قدم فصل الحبس عليه وكتاب القاضي
الى القاضي جائز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر
بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف يعمل بالكتاب مع ان فيه شبهة التزوير اذ الخط
يشبه الخط والختم الختم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه
وعليه اجمع الفقهاء قال صاحب البيانية والاصل في كتاب جواز القاضي الى القاضي
جائز وعن عامر الشعبي انه كان يجيز الكتاب المختوم يرد من القاضي لان الكتاب يقوم مقام
بدليل كتاب الله تعالى وقد كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الملوك وقام مقام الخطاب
وفي التنعم ولزمنا اوامر الله تعالى انتهى اذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر حكم بها
اي بالشهادة ثم ذكر هنا الشق توطئة للشق الاخر وهو قوله وان شهدوا على غائب الخ
لانه مقصود بالذات في هذا الفصل فلا يرد ما اورد على الهداية ولا يحتاج الى توجيه صاحب
النهاية كلام الهداية ان شئت فراجعهما وكتب بالحكم وهو السجل قال
صاحب المغرب السجل كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي انتهى يعني كتب قد حكمت بذلك
او ثبت عندي فان هذا حكم وان شهدوا على خصم غائب لا يحكم بتلك الشهادة
لما ان القضاء لا يصح عندنا بل يكتب بها اي بالشهادة الى قاض يكون الخصم في ولايته
ليحكم القاضي المكتوب اليه بها وجه الخصم كيلا يكون قضاء على الغائب
وهو كتاب القاضي الى القاضي وحال النسخة ظاهر والكتاب الحكمي
سمي به لان المقصود به حكم المكتوب اليه وهو نقل الشهادة في الحقيقة ليس حكما
لعدم اتصال الحكم به ويشترط فيه علوم الحجة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم
لمعلوم على معلوم كذا في العناية ويقبل في كل ما لا يسقط بالشبهة احتراز
عن الحد والقود فانه لا يقبل فيهما كالدين فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج
فيه الى الاشارة والعقار فانه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه الى الاشارة والنكاح
بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضي بذلك الى قاض آخر
وكذا الطلاق بان ادعت طلاقا على زوجها واراد كتاب القاضي والنسب
من الحي والميت لانه يعرف بذكر الاب والجد والقبيلة والغصب والامانة والمضاربة المجحودين
بخلاف الغير المجحودين لانهما لا يحتاجان الى كتاب القاضي فاذا جحدا صارا مغصوبين
وفي المغصوب يجب القيمة وهي دين فيجري فيه الكتاب الحكمي ويقبل ايضا في العتاق والوصية
والشفعة والوكالة والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبه المال لان كل ذلك
بمنزلة الدين وانما قيدنا القتل بقولنا اذا كان موجبه المال لما بينا انه لا يقبل في
القود ولا يقبل في الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء للحاجة فيها
الى الاشارة عند الدعوى والشهادة وهذا عند ابي حنيفة وكذا عند ابي يوسف
الا في العبد الآبق فانه يقبل فيه لان الاباق يغلب في العبيد قال صاحب العناية
وقد ذكر كيفيته هكذا يكتب قاضي بخارا الى قاضي سمرقند ان فلانا وفلانا شهدا
عندي ان عبد فلان المسمى بالمبارك الذي حليته كذا وكذا ابق من مالكه ووقع بسمرقند
في يد فلان الى آخر الكتاب ويختمه فاذا وصل الى قاضي سمرقند يحضر الخصم مع العبد
ويفتحه بشرائط فان لم يكن حليته كما كتب يرده وان كان فالخصم ان ذهب الى بخارا
فيها والا يسلم العبد الى المدعي لا على وجه القضاء ويأخذ منه كفيلا بنفس العبد ويجعل
في عنقه شيئا ويختمه صيانة عن التبديل عند شهادة الشهود ويكتب الى قاضي بخارا
جواب كتابه وانه ارسلت اليك العبد فلما وصل اليه الكتاب يحضر الشهود
الذين شهدوا في غيبة العبد ليشهدوا في حضوره ويشيروا اليه انه ملك المدعي
فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى قاضي سمرقند بما ثبت عنده ليبرئ كفيله

على الغائب صح

ولا يحتاج فيه الى الاشارة

وعن

وعن ابي يوسف انه لا يحكم قاضي بخارا لان الخصم غائب لكن يكتب الى قاضي سمرقند ان الشهود
شهدوا بحضوره ويبعث بالعبد الى قاضي سمرقند ليحكم قاضي سمرقند على الخصم فاذا
وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرأ الكفيل عن الكفالة وروي عن محمد قبوله في كل ما ينقل
وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي قال صاحب الكافي
قال القاضي الاسبيجابي وعليه الفتوى ومن هنا قال وبه يفتى ولا بد ان يكون
من معلوم الى معلوم بان يقول من فلان الى فلان ويذكر نسبهما بان يقول من فلان بن فلان
الى فلان بن فلان فان شاء قال بعده او بعدان يقول الى فلان بن فلان والى كل
من يصل اليه الكتاب من قضاة المسلمين حتى لا يبطل المكتوب اليه على ما يجيء ان شاء الله
ويقرأ القاضي الكاتب الكتاب على من يشهدهم عليه ليعرفوا ما فيه او يعلمهم بما فيه
اي يعلم بعض اذ لا شهادة بلا علم ويكتب اسماءهم اي اسماء الشهود الذين يأتون داخله
اي داخل الكتاب احتياطا وكذا يكتب انسابهم كذا في الدرر ويختم بحضرتهم
ويحفظون ما فيه لئلا يتوهم التغيير والتبديل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان كل اصلهما
ان علم الشهود بما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط جواز القضاء بذلك وكذا حفظ ما
في الكتاب من وقت التحمل الى وقت الاداء شرط عندهما ولهذا قالوا يدفع اليهم كتابا آخر
غير مختوم ليكون معهم معونة على حفظهم وكذا معلومية المكتوب اليه وذكر نسبه
شرط عندهما وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك المذكور سوى شهادتهم انه كتابه
لما ابتلي بالقضاء وهو قول ابي يوسف آخرا لان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد
وعمل القضاة اليوم على القول الاخير وقيل اذا كان الكتاب في يد المدعي ينبغي بان الختم
شرط وان كان في يد الشهود ينبغي انه ليس بشرط واختار السرخسي قوله اي قول ابي يوسف
آخرا تيسيرا على الناس وليس الخبر كالعيان يعني ان ابا يوسف قبل ان ابتلي
بالقضاء وعاين ما فيه يقول فيه مثل ما قالا ولما ابتلي بالقضاء وعاين ما فيه قال
جميع ذلك ليس بشرط تسهيلا على الناس واذا وصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه
نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة اذ الكاتب
ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شهود
الاصل بعبارته وكما لا تسمع الشهادة على الشهادة الا بحضرة الخصم فكذا لا يقبله
الا بحضرة الخصم بخلاف سماع القاضي الكاتب الشهادة لانه للنقل لا للحكم وهذا حكم
ولا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب قد يزور اذ الخط يشبه الخط
والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة تامة وايضا كتاب القاضي ملزم اذ يجب على المكتوب اليه
ان ينظر فيه ويعمل به ولا الزام الا ببينة انه كتاب فلان القاضي وان بين اسمه ونسبه
في تأويل المصدر مفعول لقوله بشهادة قرأه علينا وختمه عندنا وسلمه الينا في مجلس حكمه
وعند ابي يوسف بشهادة انه كتاب فلان القاضي وختمه ولا يشترط ان يقولوا
قرأه علينا وسلمه الينا في مجلس حكمه في رواية عنه وعنه في رواية اخرى ان الختم ليس
بشرط ايضا فيكفيهم ان يشهدوا انه كتاب فلان القاضي فيقبله ويعمل عليه والحاصل ان
لابي يوسف فيه ثلاثة اقوال الاول كقولهما فيشهدون عند المكتوب اليه كما يقولان
وقوله الثاني ان الشرط ان يشهدهم انه كتابه وختمه وليس عندهما ما شرطاه شرطا فليشهدوا
عند المكتوب اليه انه كتاب فلان القاضي وختمه ولا يزيدون على هذا وقوله الثالث ان
الشرط ان يشهدهم انه كتابه فقط والختم ليس بشرط ايضا فيشهدون عنده ان هذا
كتاب فلان القاضي ولا يزيدون على هذا فاذا شهدوا سواء على ما قالاه او على ما قاله
ابو يوسف عند المكتوب اليه فتحه اي الكتاب وقرأه على الخصم والزمه بما فيه ان بقي الكاتب
قاضيا في ذلك الوقت قال صاحب البيانية ولم يشترط في الكتاب ظهور عدالة الشهود للفتح لانه
قال فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي فتحه القاضي ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا فعلم انه لم يشترط العدالة

فان كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الختم كذا في الكفاية

اقوال ثلاثة ح

الكاتبة

والصحيح انه يفتح الكتاب بعد ثبوت العدالة

قال السرخسي واذا شهد الشهود على الكتاب وعلى خاتم القاضي فان كان القاضي يعرف
الشهود الذين شهدوا على الكتاب بالعدالة فك الخاتم بمحضر من الطالب والمطلوب
ويعمل بما فيه وينفذه • وذلك لانهم لو شهدوا على الحق وقد عرفهم القاضي بالعدالة
عمل بهم ايضاً • ولا يحتاج الى ان يسأل وذلك لان السؤال انما يكون لظهور العدالة
فاذا كان عدالتهم ظاهرة لا حاجة الى السؤال في هذا الموضع وان كان لا يعرفهم
بالعدالة لم يفك الخاتم ولكن يسأل • وذلك لان فك الخاتم يمنع عمل الكتاب والكتاب
لا يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله قبل وصول الكتاب
لان الاصل ان خبر الواحد لا يقبل وانما قبلنا خبره باعتبار ولاية الشرعية •
فاذا لم يبق عاد الامر الى الاصل ولهذا لو التقى قاضيان في عمل احدهما او في عمل
ليس من عملهما فقال احدهما للآخر قد ثبت عندي كذا فاعمل به لم يقبل قوله لان الخطاب
والسماع او احدهما وجد في غير القاضي حيث لم يكن في عمله وكذا يبطل بان خرج الكاتب
قبل وصول الكتاب من اهلية القضاء بان جن او عمي او غير ذلك • ويبطل ايضاً
بموت المكتوب اليه وعزله الا ان كتب بعد اسمه الى اسم المكتوب اليه والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه لما وقف الاول صحت كتابة القاضي
اليه ويجعل غيره تبعاً وكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصداً • ولو كتب ابتداء الى فلان
بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد
• وعند ابي يوسف يجوز حيث وسع فيه لما ابتلي بالقضاء تسهيلاً للامر على الناس
ولهما انه من معلوم الى معلوم وهذا من معلوم الى مجهول وذا لا يجوز لانه لا يحصل
الاعلام لا يبطل بموت الخصم بل ينفذ على وارثه لقيامه مقامه • وكذا ينفذ على وصيه
لقيامه مقامه ايضاً سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت الخصم او بعده •
واذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته ومحلها جاز له ان يقضي به
من غير شاهد حتى اذا علم القاضي ان زيداً غصب شيئاً من المدعي مثلاً يقضي به ويأخذه
من زيد ويدفعه الى المدعي • وهذا جواب رواية الاصول • وروي ان سماعة عن ابي حنيفة ان القاضي
لا يقضي بعلمه وان استفاد العلم في حالة القضاء حتى يشهد معه شاهد واحد قال
لعل القاضي يكون غالطاً فيما يقول فيشترط مع علمه شاهد آخر حتى يكون على
شهادة شاهد آخر يعني شاهدين كما في العادة • قال صاحب الخلاصة واما ما علمه
قبل ولايته لا يقضي به عند ابي حنيفة نقل ذلك عن عمر وشريح • وقال ابو يوسف ومحمد يقضي
بما علم في حال ولايته ومحلها • وقال جامع الفصولين والفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا
وفي الاشباه مثل هذا •

⊛ فصل

قال صاحب النهاية قد ذكر ان كتاب القاضي اذا كان سجلاً اتصل به قضاء في وجوب على القاضي
المرفوع اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف كتاب الحكمي
فان الرأي للقاضي المكتوب اليه في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان مقدار
محال الاجتهاد وبين كل اصل بحجيتها • وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به •
ويجوز قضاء المرأة في غير حد وقود لان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة
اذ يأخذ التأثير منه فان القضاء الزام على المحكوم عليه كما ان الشهادة الزام
على القاضي فكل من كان اهلاً للقضاء في غيرهما
ولا يستخلف قاضٍ اي لا ينصب نائباً بعذر وبغيره لانه قلد القضاء دون التقليد
فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بلا اذن الموكل الا ان يفوض ذلك
اي الاستخلاف بان قيل له من قبل السلطان ول من شئت فانه يستخلف
بخلاف المأمور بالجمعة اي باقامة الجمعة حيث يجوز له الاستخلاف لكونها على
الفوات

بحث علم القاضي

فلو لم

بالاعظم

فلو لم يجز الاستخلاف لفاتت الجمعة فكان الامر باقامة الجمعة اذناً بالاستخلاف دلالة
ولا كذلك القضاء لان تأخير سماع الخصومة الى وجود الامام ممكن لا يخرج عن الوقت
بموت فلم يثبت الاذن بالاستخلاف صريحاً ولا دلالة فلا يملك التفويض الى الغير
بخلاف الجمعة لانه لما فوض اليه اقامة الجمعة مع علمه بان العوارض المانعة من اقامتها من المرض
والحدث في الصلاة مع ضيق الوقت وغيرهما قد تعتريه • ولا يمكن انتظار الامام الاعظم لانه
لا تحتمل التأخير عن الوقت فكان الامر اذناً بالاستخلاف دلالة • وقد مر تحقيق هذا المقام
في باب صلاة الجمعة بحيث لا مزيد عليه • واذا استخلف القاضي المفوض اليه الاستخلاف
فنائبه لا ينعزل بعزله الا اذا فوض اليه بان قيل له من قبل السلطان استبدل من شئت
فانه حينئذ ينعزل بعزله كذا في السراجية ولا ينعزل بموته بل هو نائب الاصيل اي السلطان لا نائب القاضي
وصار كالوكيل اذا قال للوكيل اعمل برأيك صح توكيله وصار الثاني وكيل الموكل لا وكيل الوكيل
وغير القاضي المفوض اليه الاستخلاف ان قضى نائبه بحضرته او بغيبته فاجازه جاز
اي اجاز قضاءه • لان المقصود حصول رأي الاول وقد وجد كما في الوكالة فان الوكيل ليس له
ان يوكل غيره الا باذن الموكل فلو وكل غيره بلا اذن الموكل فعمل الوكيل بحضرة موكله او بغيبته
فاجاز عمله جاز • واذا رفع الى القاضي حكم قاضٍ آخر ان اختلف في الصدر الاول
صفة امر اختلف فيه من في الصدر الاول من المجتهدين امضاه القاضي المرفوع اليه اذ لا ترجيح
لاحد الاجتهادين من حيث انه اجتهاد على الآخر • وقد تأيد الاول باتصال القضاء به فلا
ينقض بما هو دونه • والاصل فيه ان القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يمكن
ان ينقضه قاضٍ آخر باجتهاد آخر • فقد صح عن عمر رضي الله عنه انه لما كثر اشتغاله قلد القضاء ابا الدرداء
فاختصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر المقضي عليه فسأله عن حاله فقال قضى
فقال عمر لو كنت مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضاء فقال عمر ليس هنا
نص والرأي مشترك • وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك
فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي • وروي ان شريحاً قضى بقضاء خالف
فيه عمر وعلي رضي الله عنهما ولم يفسخاه لوقوعه من قاضٍ جائز الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد
ان لم يخالف الحكم الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع مثال مخالفة
الكتاب ان يقضي بشاهد ويمين المدعي لانه تعالى قال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان • ومثل هذا انما ينكر لنقض الحكم عليه ولانه قال
ذلك ادنى الا ترتابوا ولا مزيد على الادنى • ومثال مخالفة السنة المشهورة ان يقضي بثبوت
حل الوطء بمجرد النكاح في مطلقة الثلاث • وهو مخالف للحديث المشهور وهو حديث العسيلة
• ومثال مخالفة الاجماع ان يقضي بجواز بيع متروك التسمية عمداً لانه مخالف لما
اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع وما اجتمع عليه الجمهور
لا يعتبر فيه خلاف البعض • فلو قضى بجواز بيع درهم بدرهمين لا ينفذ لمخالفته الا
والخلاف المنقول فيه منقول عن ابن عباس • وقد انكر عليه الصحابة فلا يعتبر خلافه
لرد الجمهور عليه • قال صاحب الكافي وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذا خلاف
لا اختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول انتهى • وفرقوا بين الخلاف والاختلاف بان
واحداً منهم اذا خالف غيره ان سوغ اله ذلك يكون اختلافاً كمخالفة ابن عباس في اشتراط
حجب الام من السدس الى الثلث بالجمع من الاخوة وان لم يسوغوا له ذلك خلافاً كمخالفته
في حل التفاضل في اموال الربا فان العلماء لم يسوغوا له ذلك الاجتهاد ولم يتبعوه و
انكروا عليه حتى لو قضى قاضٍ بجواز ذلك لم ينفذ قضاؤه بخلاف الاول فانه لو قضى به
قاضٍ ينفذ ولا ينقضه قاضٍ آخر • ذكر في اصول الفقه ان العلماء اختلفوا في ان الاجماع
هل ينعقد باتفاق اكثر المجتهدين او لا بد من اتفاق الكل • ففي الهداية اختار
اتفاق الاكثر كاف • ففي مقابلة الاكثر لا يعتبر خلاف الاقل • وفي كتب اصول الفقه صححوا ذلك المذهب

جنام

والحديث

اجماع

وهو ان اختلف الاول في مقابلة الاكثر معتبر فان واحدا من الصحابة ربما يخالف الجمع الاكثر
ولم يجعلوا نهي اكثرهم بل اعتبروا مخالفته و ايضا قال في الهداية ان المعتبر الاختلاف
في الصدر الاول اي الصحابة لكن الاصح انه لم يشترط ذلك حتى يكون اختلاف الشافعي معتبرا
كذا في صدر الشريعة والقضاء بحل او بحرمة ينفذ ظاهرا اي فيما بيننا و باطنا
اي فيما عند الله عند ابي ح رحمه الله ولو بشهادة زور اذا كان بـ قال المحرر الزور الكذب
اذا ادعي بسبب معين يعني العقود كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والفسوخ
كالاقالة والفرقة بطلاق ونحوه وعندهما لا ينفذ باطنا بشهادة الزور وان نفذ
ظاهرا ثم ذكر التفريع عليه بقوله فلو اقامت بينة زور انه تزوجها وحكم به حل لها
تمكينه منه يعني اذا ادعت على رجل انه تزوجها وانكر الرجل فاقامت عليه شاهدي زور
حل له وطئها وحل له تمكينها من الوطئ عند ابي ح خلافا لهما وكذا لو ادعى على امرأة
نكاحا وانكرها فاقام شاهدي زور لابي ح ما روي ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا
بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين فقضى بينهما فقالت ان لم يكن بد منه
يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه شاهداك زوجاك فلو لم ينعقد
النكاح بينهما بقضائه لما امتنع من تجديد النكاح عند طلبها و رغبة الزوج
وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان الشهود زورا بدليل القصة
وهي ما روي ان رجلا خطب امرأة وهو دونها في الحسب فابت ان تتزوجه فادعى انه تزوجها
واقام شاهدين عند علي فحكم عليها بالنكاح فقالت اني لم اتزوجه فادعى انه تزوجني
واقام شهود زور فزوجني منه فقال علي شاهداك زوجاك ولهما ان شهادة الزور حجة
ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لان القضاء ينفذ بقدر الحجة
وفي الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا وينفذ ظاهرا اتفاقا الاملاك المرسلة هي التي لم يذكر
فيها سبب معين فاجمعوا انه ينفذ القضاء بشهادة الزور فيها ظاهرا لا باطنا لان الملك
لابد له من سبب وليس بعض الاسباب اولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن اثبات السبب
سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء حتى لو ادعى جارية ملكا مطلقا واقام على ذلك
بينة زور فقضى القاضي لا يحل له وطئها بالاجماع وفي النكاح والشراء يقدم النكاح
والشراء تصحيحا للقضاء وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله
والقضاء في مجتهد فيه بخلاف رأيه اي رأي القاضي في موضع بخلاف يتعلق بالقضاء
ناسيا او عامدا لا ينفذ عندهما لانه قضى بما هو خطأ عنده وبه يفتى كذا في الهداية
وعند الامام ينفذ لو ناسيا وفي العمد روايتان عنه في رواية لا ينفذ وفي رواية ينفذ
وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وقيل الفتوى على النفاذ فيهما قال صاحب الكافي وفي الصغرى
اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي ح وعليه الفتوى
قال سعدي افندي قال ابن الهمام الوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه
عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل قال الواني في تعليقاته على الدرر اعلم ان الخلاف المذكور
في صورة كون القاضي مجتهدا واما اذا لم يكن مجتهدا كقضاة زماننا وحكم على خلاف مذهبه
ناسيا او عامدا كحكم القاضي الحنفي مثلا بقول الشافعي ينفذ عند ابي ح وابي يوسف لا عند محمد
ايضا ويدل على هذا التفصيل كلام صاحب الخلاصة حيث قال المجتهد اذا قضى على خلاف مذهبه
ناسيا عند ابي ح ولا ينفذ عند ابي يوسف ولا رواية عن محمد ثم قال القاضي اذا حكم على خلاف مذهبه
ينفذ عند ابي ح وعليه الفتوى وقول ابي يوسف معه وما نقل في جامع الفصولين من الكتب المعتبرة ان
القاضي لو لم يكن مجتهدا وقضى بتقليد فقيه ثم تبين انه خلاف مذهبه نفذ وليس نقضه لا لغيره كذا عن محمد
وقال ابو يوسف ليس له نقضه ما ليس لغيره نقضه ولو كان مجتهدا فحكم اجتهاده ناسيا قال ابو ح نفذ و
كذا عن محمد في الصحيح ولم ينفذ لزعمه خطأ وبقولهما يفتى وقيل يفتى بقوله هنا ما قيل ولكن نفوذ
احكام زماننا على خلاف مذهب امام ابي ح اذا كان برخصة من جانب المقلد اما اذا لم يكن فلا انتهى

ولا يقضي

ولا يقضي على غائب ولا له عندنا وقال الشافعي يجوز القضاء على الغائب عن المصر
بالبينة لانها قامت في اوانها فتقبل لان اوانها وقت خفاء الحال على القاضي والحال خفية
عليه حال غيبته والبينة لبيانه فاذا بينت الحال صح القضاء بناء عليها ولنا قوله صلى
الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر لان القضاء
لقطع المنازعات ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح القضاء وهذا لانه يحتمل ان الخصم
يقر ويحتمل انه ينكر فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة اذ حكم احدهما منعه حكم
الآخر او يحتمل انه يقر ثم يقيل اذا ديث و يثبته ولو انكر ثم غاب فكذلك لا يقضي القاضي عليه
في غيبته ايضا وهو قول محمد وقال ابو يوسف يقضي لوجود الانكار منه صريحا ولمحمد ان الانكار
الى وقت القضاء شرط بقاء الانكار في وقت القضاء باستصحاب الحال لا يبالى في ذلك يصلح
للدفع لا للاثبات الا بحضرة نائبه حقيقة كوكيله لانه يقوم مقامه بانابته صريحا
او شرعا كوصي نصبه القاضي وحكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر
فانتصب الحاضر خصما عنه وصار القضاء على الحاضر كالقضاء على الغائب كما لو ادعى عينا
في يد غيره انه اشتراها من فلان الغائب واقام البينة على ذي اليد وقضى به ثم حضر الغائب
وانكر ذلك لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه صار مقضيا عليه فلان
المدعي لا يتوصل الى اثبات حقه على الحاضر الا باثباته على الغائب وهنا في العناية تفصيل
ان شئت فراجعه فان كان ما يدعي على الغائب شرطا لما يدعي على الحاضر لا يصح
ولا يكون الحكم على الحاضر حكما على الغائب كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته
فانت طالق فاقامت زوجة الحالف ان فلانا وهو غائب طلق امرأته وهو غائب طلق
امرأته ووقع الطلاق عليها لا تقبل بينتها في الاصح وانما قبلت في السبب دون الشرط لان
السبب اصل بالنسبة الى المسبب فيكون الحاضر نائبا عن صاحب السبب وهو الغائب
ولا كذلك ان كان شرطا لكن انما يقضي على الغائب في صورة الشرط اذا كان فيه ابطال
حق الغائب كما في صورة المزبورة فان فيها ابطال حق الغائب بابطال نكاحه وانما
اذا لم يكن كما اذا علق طلاق امرأته بدخول زيد في الدار يقضي على الغائب لعدم تضمنه
ابطال حق الغائب وقال الامام فخر الاسلام الاوزجندي ان البينة تقبل في الشرط
ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على الشرط
لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين لانا نقول
المعتبر توقف على الحاضر على ما يدعي على الغائب في صورة الشرط موجود كذا في العناية
يقول الفقير المناسب وان كان شرطها بالواو لا بالفاء لانه لا معنى
للتفريع هنا بل هي مسئلة معطوفة على سابقتها فتدبر ويقرض القاضي مال اليتيم
ويكتب ذكر الحق اي الصك لانه محافظة والقاضي قادر على اخذه متى شاء
وكذلك يملك القاضي اقراض مال الغائب لانه نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه
بنفسه والغائب عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وفي الاقراض نظر لانه محافظة فيملكه
القاضي وفسر صاحب العناية قول صاحب الهداية ويكتب ذكر الحق بقوله اي يكتب الصك
لاجل تذكره الحق وهو الاقراض فقال سعدي افندي في تقرير ما فيه اشارة
الى ان انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولا له ليكتب وعندي ان قوله ذكر الحق علم للصك
ولا يجوز ذلك اي الاقراض للوصي لعدم قدرته على الاخذ متى شاء ولا للاب في الصحيح
لعجزه عن الاخذ ايضا وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي
وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته
تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذ الاب
وصيا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابي ح انه ليس له ذلك والله تعالى اعلم

فصل في التحكيم

في الاصح

هذا من فروع القضاء وتاخيره من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه
على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فابعثوا حكما
من اهله وحكما من اهلها والمراد به تحكيم الزوجين لاختيار الاقامة او لاختيار الفرقة
فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جوازه في سائر الخصومات
واما السنة فما روي انه عليه السلام حكم سعد بن معاذ في بني قريظة ورضي بحكمه فقال
هؤلاء نزلوا بحكمك فقال يقتل مقاتلهم ويسبى ذراريهم واما الاجماع فلان الصحابة
كانوا مجمعين على جواز التحكيم وقد صح انه كان بين عمر بن الخطاب وابي بن كعب منازعة
في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت كذا في البناية وبعضه من الكافي
ولو حكم من باب التفعيل الخصمان من يصلح قاضيا بان وجد فيه شرائط اهلية القضاء
ولم يتصف بما ينافي اهلية القضاء ليحكم بينهما صح التحكيم لان لهما ولاية
على نفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه اي حكم الحكم عليهما ببينة او اقرار او نكول
بخلاف حكمه بعلمه فانه لا ينفذ كما ينفذ في القاضي واخباره باقرار احد الخصمين
معطوف على ما في حكمه اي نفذ اخباره باقرار احد الخصمين ونفذ اخباره
بعدالة الشاهد حال ولايته يعني لو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة
الخصمين على تحكيمهما اياه يقبل قوله لقيام ولايته بعد وهو يملك انشاء الحكم فيملك
الاخبار واخباره حال ولايته قائم مقام شهادة رجلين بخلاف ما اذا اخبر بعد
الولاية لانه يلتحق بواحد من الرعايا فلا بد من الشاهد الاخر ولو اخبر بالحكم
لا يقبل لانقضاء الولاية لانه كما حكم انعزل فلا يقبل اخباره كالقاضي المعزول اذا قال
قضيت عليك بكذا ولكل منهما اي الخصمين ان يرجع عن التحكيم قبل حكمه
لانه مُحكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان قيل التحكيم يثبت باتفاقهما
فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلت شرط وجود الشيء لا يجب ان يكون
بجميع اجزائه شرطا لبقاء الشيء واجاب صاحب الكافي عنه بانه لم يرض احدهما بهذا التحكيم
فلا يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه لا بعده اي بعد الحكم لان الحكم
صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه
واذا رفع حكمه اي حكم الحكم الى القاضي امضاه ان وافق مذهبه والا نقضه
والفرق بين هذه وبين ما اذا رفع الى القاضي قضية قاض اخر فانه لا يرده وان خالفه
اذا كان ذلك في قضاء مجتهد فيه ان المحكم له ولاية على المحكمين ولا ولاية له على
غيرهما القاضي الذي رفع حكمه اليه غيرهما فلا يكون حجة عليه وهو بمنزلة الصلح
فلو رفع الصلح الى القاضي وكان مخالفا لمذهبه ابطل فكذا هنا واما القاضي
فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يكون لهذا القاضي ان يرد
اذا صادف القضاء محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه ثم فائدة امضاء القاضي
ان القاضي الثاني اذا رفع اليه لا يبطله وان خالف مذهب الثاني
لان امضاء القاضي الاول بمنزلة حكمه بنفسه ابتداء ولا يصح التحكيم في حد وقود
والاصل فيه ان حكم المحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم فيه
وما لا فلا واستيفاء الحد والقود لا يجوز بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما كذا في الكافي
ويصح التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق المضاف ونحوه قال صاحب العناية
لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام
هو المتعين لاستيفائها واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف الروايات قال
شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة
عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص وحد القذف جائز لانهما من حقوق العباد
فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز واختار شمس

وقال صدر الشريعة وتخصيص المجتهدات بالذكر ليس لنفي الحكم عما عداها فان ما ليس
للاجتهاد فيه مساغ كالثابت بالكتاب والسنة المشهورة او الاجماع لا شك في
صحة التحكيم في ذلك او فائدة ذكر المجتهدات ان يدل على جوازه وغيرها بالطريق
الاولى قالوا ولا يفتى به اي بالتحكيم دفعا لتجاسر العوام على ذلك وحكي عن
الحلواني انه قال مسئلة الحاكم المحكم نعلم ولا نفتي بها وكان يقول ظاهر المذهب انه
يجوز ولكن يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم
مذهبنا ويقل الاحتياج الى القاضي ولا يبقى لحاكم الشرع رونق ولو حكماه في
دم خطأ فحكم المحكم بالدية على العاقلة لا ينفذ حكمه لان حكم المحكم في حق غير المحكمين
ولا ينفذ اذا في حق العاقلة لانهم ما رضوا بحكمه ولو حكم بالدية على القاتل في ماله
لا يجوز اصلا لانه مخالف للشرع ومغاير للنص قال عليه السلام قوموا فدوه
وهو حديث ابن مالك وكانت له ضرتان فضربت احديهما الاخرى بعمود خيمة فالقت جنينا
ميتا فقال صلى الله عليه وسلم لاولياء الضاربة قوموا فدوه وسيجيء ذلك ان شاء الله تعالى
في كتاب المعاقل بل ينقضه القاضي ويقضي بالدية على العاقلة الا اذا ثبت القتل
باقرار القاتل فحينئذ يجوز حكمه بالدية في مال القاتل لان العاقلة لا تعقل صلحا
ولا عمدا ولا اعترافا كذا في البناية ومعنى عدم نفاذه على العاقلة فيما ذكره المصنف
لا يكون للمحكم ولاية طلب الدية من العاقلة ولا حبسهم ان امتنعوا ولا يصح حكم المحكم
ولا المولى من قبل السلطان لابويه وولده وزوجته اذ لا يقبل شهادته لهم للتهمة
فاولى ان لا يصح حكمه لهم ويصح حكمه اي حكم كل من المحكم والمولى عليهم اي على الابوين
والولد والزوجة لانه يقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء
ويصح لمن ولاه وعليه لان من جاز شهادته له وعليه جاز قضاؤه له وعليه

مسائل شتى

اي هذه مسائل متفرقة من كتاب القضاء ذكرت هنا استدراكا لما فات منه ليس لذي سفل
عليه علو لغيره ان يتد وتدا في سفله او ينقب كوة بفتح الكاف وضمها وتشديد الواو
ما يقال له بالفارسية روزنه بلا رضا ذي العلو عند ابي حنيفة سواء كان مضرا بذي العلو او
لا ولا لذي العلو ان يبني عليه عنده سواء كان مضرا او لا ايضا ولا يضع عليه جذعا لم يكن قبل
ولا يحدث كنيفا لم يكن قبل ايضا الا برضا صاحب السفل وعندهما لكل منهما اي لكل
من ذي السفل وذي العلو فعل ما لا ضرر فيه بلا رضا الاخر وقيل قولهما اي قول الامامين
تفسير لقول ابي حنيفة يعني ان اباح امتنع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن مضرا
فلا يمنع كما قولهما فيكون جواز التصرف لكل منهما فيما لا يتضرر به الاخر فصلا مجمعا عليه
لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعد الضرر لصاحبه وقيل الصحيح انه يتغير له وانما الاصل
عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر
فما لم يكن ضرر لا يمنع بالاتفاق وانما يظهر ثمرة الخلاف في موضع الشك في الضرر فعنده
لم يجز المنع لان الاطلاق بيقين والتيقن لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل
تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو او السفل وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما منع حق
المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق بعارض وهو الرضا او
علم الضرر فتامل كذا في العناية ووجه الاول ما ذكره سعدي افندي نقلا عن هامش نسخة الكافي
الذي هو خط الشريف ان شئت فراجعه وليس لاهل زائغة اي سكة مستطيلة اي طويلة
استعمل بمعنى طال تتشعب منها زائغة مستطيلة غير نافذة بهذه الصورة
فتح باب في المنشعبة لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة
لكونها غير نافذة فانه اراد احد ان يفتح بابا فقد اراد ان يتخذ طريقا في ملك الغير ويحدث

بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا الايرات لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذوها بالشفعة لان تلك السكة الغير النافذة لهم خاصة وفي النافذة المنشعبة بهذه الصورة والمستديرة التي لزق طرفاها بيني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة بهذه الصورة لهم ان يفتحوا السكة الاولى ذلك اي فتح باب في المنشعبة اما النافذة فلان المرور فيها حق العامة ❊ واما المستديرة التي لزق طرفاها فلان هذه سكة واحدة وهي بمنزلة سكة مشتركة في دار ولكل واحد منهم حق المرور كلها ولهذا لو بيعت فيها كانت الشفعة فيها للكل على السواء فبفتح الباب لا يحدث لنفسه حقا فلا يمنع ❊ ومن ادعى هبة في وقت يعني ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه في وقت كذا فسئل بينة اي فساله القاضي بينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه يعني اضطررت الى الشراء منه فاشتريتها او لم يقل ذلك يعني لم يقل جحدني الهبة فبرهن على الشراء بعد وقت الهبة يقبل ولو برهن على الشراء قبله اي قبل وقت الهبة لا يقبل و الفرق ان التوفيق في الوجه الاول ممكن فلا يتحقق التناقض لجواز ان يقول وهب لي منذ شهر ثم جحد الهبة فاشتريتها منه وفي الوجه الثاني لا يمكن التوفيق فيتحقق التناقض لان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك الواهب قبل الهبة فلا يقبل دعوى الشراء قبل وقت الهبة قال صاحب الكافي وهذه المسئلة تدل على ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق ❊ واما اذا امكن فلا يمنع كذا في الاقضية و في رواية ان التوفيق من المدعي شرط فان قيل ينبغي ان لا يقبل بينته في الوجه الاول ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة فقد فسخها اذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه ويتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشتراه منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح و لو ادعى الهبة ثم برهن على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا لان دعواه الهبة في وقت اقرار منه بملك الواهب في ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الاقرار فكان مناقضا فلا يتمكن من اثباته بالبينة واما دعواه الشراء بعد ذلك فتقرير للاقرار بالملك له في ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة انتهى ما في الكافي و من ادعى ان زيدا اشترى جاريته فانكر زيد و ترك هو اي المدعي خصومته حل له ان يطاها لان المشتري لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا للبيع من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحود لمشابهة بين الفسخ وهو رفع من الاصل وبين الجحود وهو انكار العقد من الاصل فيجعل مجازا عنه ❊ ولهذا لو تجاحدا جعل ذلك فسخا في حقهما فاذا جحد احدهما جعل ذلك فسخا في حقه ولكن لا ينفسخ احدهما ما لم يقبل الاخر صريحا او دلالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة فقد رضي بفسخ صاحبه دلالة فتم الفسخ ❊ فان قيل كيف يثبت الفسخ في حق البائع بمجرد العزم على الفسخ وفسخ شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ الا يرى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه قلنا قد اقترن ذلك بفعل وهو امساك الامة ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما اشبه ذلك كالاستخدام لان ذلك لا يحل بدون الفسخ فكان الفسخ بفعل اقترن به البينة لا بمجرد النية الا يرى ان من قال لا اخرجنك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذها المستاجر وذهب يكون ذلك قبولا كذا هنا ❊ ومن اقر بقبض عشرة دراهم من فلان قرضا او ثمن سلم او غير ذلك كالغصب والوديعة وادعى انها زيوف او نبهرجة صدق مع يمينه ❊ قال صاحب العناية سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة ❊ ثم في قول صاحب الهداية ثم ادعى انه نبهرجة ❊ في عبارة انتهى لا يصدق ان ادعى انها ستوقة ❊

لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف ❊ والنبهرجة دون الستوقة ولهذا يجوز التجوز فيها لا يجوز الاستبدال لانه بدله كالصرف والسلم بالزيوف والنبهرجة الا بالستوقة ❊ ولو لم يكن الزيوف والنبهرجة من جنس الدراهم كان التجوز بهما استبدالا وهو لا يجوز في الصرف والسلم والقبض لا يختص بالجياد فلا تناقض بين دعوى الزيافة والنبهرجة وبين الاقرار بقبض الدراهم فيقبل قوله ولا يصدق ان اقر بقبض الجياد او حقه او بقبض الثمن او الاستيفاء يعني لو اقر لا بقبض الجياد او بقبض الثمن او بالاستيفاء ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق لانه متناقض في الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياد فكان الاقرار بقبض الثمن اقرارا بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان اقرارا بقبض الجياد ايضا ❊ والزيف ما رده بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار ايضا اكثر مما يرده بيت المال ولعله اردى من الزيف قال صدر الشريعة والنبهرجة الباطل الشيء والدراهم النبهرجة ما بطل سكته وقيل الذي فضته ردية وقيل الغالب الفضة وهو معرب نبهره وقال صاحب المغرب النبهرج الدراهم الذي فضته ردية وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وعن الاصمعي المبطلة السكة ❊ وقد استعير لكل رديء باطل ومنه بهرج دمه اذا اهدر وابطل وعن اللحياني درهم بهرج ولم اجده بالنون الا له انتهى ❊ وفي القاموس البهرج الباطل والرديء والمباح وهو معرب نبهره والبهرجة ان يعدل بالشيء عن الجادة ولم يوجد فيه فصل النون نبهرج ستبع بين الفقه والعجب انه وقع في عامة الكتب الفقهية النبهرج بالنون مع عدم وجدانه في كتب اللغة الا ما نقل صاحب المغرب عن اللحياني فقط والستوقة ما غلب عليه غشه قيل هو معرب سه توه وهو اردى من النبهرج حتى تخرج من جنس الدراهم و في القاموس ستوق كتنور وقدوس ونستوق بضم النون زيف مبهرج ملبس بالفضة ❊ وفي الجوهري درهم ستوق وستوق اي زيف بهرج وكل ما كان على هذا المثال فهو مفتوح الاول الا اربعة احرف جاءت نوادر وهي سبوح وقدوس وستوق وذروح فانها تضم وتفتح و قال صاحب المغرب الستوق بالفتح اردى من النبهرجة و عن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب وفي الرسالة اليوسفية النبهرجة اذا غلبها النحاس لم تؤخذ واما الستوقة فحرام اخذها لانها فلوس انتهى و من قال لمن اقر بالف ليس لي عليك شيء ثم قال له في مجلسه ذلك بلى لي عليك الف لا يقبل هذا القول منه بلا حجة لان الاقرار يرتد برد المقر له اذا قال لا شيء لي عليك فقد رد اقراره والمقر له يتفرد برد الاقرار فلذلك ابطله بنفسه فما ابطل برده التحق بالعدم فاذا قال بعد ذلك لي عليك الف درهم فهذا دعوى الالف ابتداء فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت مني هذا ثم صدقه فانه يصح لان المقر له لا يستبد بابطال الحق به ثم لان الفسخ لا يتم الا بتراضيهما كالبيع فاذا انكر المقر له ورده لم ينفسخ بفسخه حتى يساعده صاحبه فاذا رجع الى التصديق فقد رجع والاقرار بالشراء قائم فيعمل تصديقه وهناك بخلافه ❊ ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك علي شيء قط فبرهن عليه به فبرهن هو اي المدعى عليه على القضاء او الابراء ذلك المال او الاداء قبل برهانه وقال زفر لا يقبل لان القضاء يستدعي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب وقد انكره فكان مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن بين الكلامين لانه يمكنه ان يقول لم يكن لك علي شيء ولكن اذيتني بخصومتك الباطلة فدفعت اليك ما ادعيت دفعا لاذاك وغير الحق قد يقضى ويبرأ منه ولهذا يقال قضى بباطل وقد يصالح بشيء بالانكار و كذا لو قال ليس لك علي شيء فقط لان التوفيق فيه اظهر لانه يقول ليس لك علي شيء في الحال لاني قد قضيت حقك او لانك ابرأتني الابراء لو صح به يصح و الفرق بينه وبين ما كان ان ليس لنفي الحال وما كان لنفي الماضي ❊

وازداد على انكاره ولا اعرفك فلا اي لو قال ما كان لك على شيء قط ولا اعرفك لا تقبل بينة على القضاء
او الابراء لامتناع التوفيق اذ لا يتصور ان يكون بين اثنين خصومة ومصالحة وابراء
وقضاء واقتضاء ولا يعرف احدهما صاحبه فتعذر التوفيق وبطلت بينته
قال صاحب الهداية وصاحب الكافي وذكر القدوري في هذه المسئلة ان بينته
على القضاء تقبل ايضاً لان الرجل ربما لا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق بهذا الوجه ممكنا فتقبل بينته وقيل لا تقبل بينته
على الابراء وعندنا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة
ولو ادعى على اخر بيع امته منه واراد ردها عليه بعيب فانكر الاخر البيع فبرهن المدعي
على البيع وبرهن المنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر لان التوفيق
بين الكلامين متعذر لان شرط البراءة تغيير العقد اقتضاء ووصف السلامة عند العقد
وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد انكر
وجود اصل العقد فكان متناقضاً بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضي وان كان باطلا
على ما مر قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً
والخصاف قد اثبته عن ابي يوسف وصاحب الهداية اشار الى خلاف ابي يوسف
بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكر
الدين اصلاً ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير المحق قد يقضي
فامكن التوفيق من هذا الوجه ولكن نقول يجوز هنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه
لما ادعى على البيع سألته ان يبرئني من العيب فابرأني وذكر ان شاء الله
في اخر صك يبطل كله يعني اذا كتب صكاً ثم قال في اخره ان شاء الله يبطل الصك كله عند ابي حنيفة
وعندهما يبطل اخره ما يليه فقط وهو استحسان يعني قالا ينصرف الاستثناء
الى ما يليه لان الصك يشتمل على اشياء ويتعلق البعض بالبعض فينصرف الى الذي يليه
ولان الصك يكتب للاستيثاق والتاكيد لا للابطال فكان ذلك دليلاً على قصر
الاستثناء على الذي يليه لانه لو انصرف الى الكل يبطل اصلاً ولا يبقى الاستيثاق
استيثاقاً ولان الكتاب كالخطاب وفي الخطاب لا بد من ان ينقطع النفس فلا يجوز
ان يلحق الاستثناء بالكل وله ان الصك يشتمل على فصول متداركة معطوفة
بعضها على البعض من غير فصل في الكتبة فصار كمن تكلم بكلمات في نفس واحد
واستثنى في اخرها فان الاستثناء ينصرف ثمة الى الكل ولهذا اذا قال لامرأته انت
طالق وعبده حر وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ينصرف الاستثناء الى الكل
ولا يلزمه شيء وقولهما ان الصك يكتب للاستيثاق قلنا لا نسلم لانه قد يكتب للابطال
لغرض ولئن سلمنا انه يكتب للاستيثاق لكن لا نسلم ان كتبته للاستيثاق تمنع بطلانه عند
وجود المبطل وقولهما لا بد من ان ينقطع النفس قلنا توالي السطور والكلمات والكتاب
بمنزلة اتصال الكلام فلم يكن الكتاب كانقطاع النفس في الخطاب حتى قالوا لو كان
السطور متوالية وكان قبل بعض السطور موضع بياض ينصرف الاستثناء الى ما
يليه خاصة لدلالة الفصل وقال صاحب الكافي في تصويره يعني اذا كتب رجل اقرار
بديونه في صك ثم كتب في اخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وكيلي ان شاء الله او كتب
اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ذلك او كتب صك الشراء وكتب في اسفله
وما ادرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه ذلك وتسليمه ان شاء الله يبطل الذكر كله
حتى يبطل الدين الذي في ذكر الحق ويفسد الشراء والخلوص وقال ابو يوسف ومحمد الدين
لازم والشراء جائز وقوله ان شاء الله ينصرف الى قوله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وكيلي
وعلى فلان الخلاص استحسانا ثم ساق دليل الطرفين كما ذكرنا

فصل في القضاء بالمواريث

ذكر هنا مسئلتين تتعلقان باستصحاب الحال وهو على ما ذكر في اصول الفقه الحكم
بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت اخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان
ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كالحيوة المفقود والثاني ان يقال هو ثابت
في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سيذكر ان شاء الله تعالى
مات نصراني فقالت زوجته اسلمت بعد موته ولي الميراث وقال وارثه بل اسلمت قبله
ولا ميراث لك فالقول له اي للوارث وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فالاصل
ان يضاف الحوادث الى اقرب الاوقات واقرب الاوقات ما بعد الموت ولنا ان سبب الحرمان
ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت يكون ثابتا فيما مضى تحكيما لاستصحاب
الحال كما في جريان الماء الطاحونة اذا اختلف فيه الموجر والمستاجر بعد مضي المدة
فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للموجر وهو صاحب الطاحونة
وان كان منقطعا كان القول للمستاجر واستصحاب الحال يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق
والحال يعتبر في المسئلة الثانية فيكون هنا حجة لدفع استحقاقها الميراث
وزفر اعتبره حجة لاستحقاقها بالميراث وهو ليس بصحيح عندنا قال صاحب العناية
وفيه نظر لان زفر لم يجعل استحقاقها بالميراث باستصحاب الحال بل بان الاصل في الحادث
الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره
لا يعتبر للاستحقاق وكذا لو مات مسلم فقالت زوجته النصرانية اسلمت قبل موته ولي
الميراث وقال وارثه بل اسلمت بعده وليس لك الميراث يعني يكون القول للوارث ايضا
لانها تدعي امرا حادثا والاصل في الحوادث ان يضاف حدوثها الى اقرب الاوقات والحاصل
انها تمسك هنا بما تمسك به الوارث ثمة والوارث يتمسك هنا بما تمسكت به ثمة يعني انها في
المسئلتين تتمسك بالظاهر لاثبات الاستحقاق وهو يتمسك به في المسئلتين للدفع
والظاهر يكون لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق كذا في الكافي يقول
الفقير قال صاحب الكافي هنا خلاصة الكلام بوجه لا يرد عليه شيء لله دره
واذا قال المودع بفتح الدال هذا ابن مودعي بكسر الدال الميت لا وارث له
غيره دفع الوديعة اليه ويقضي الحاكم بدفعه الى المقر له لانه اقر بما في يده حق الوارث
وملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق الوارث وهو
حي اصالة بخلاف ما اذا اقر رجل وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث
لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير
ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع بجواز حق الميت
في المال باعتبار ما يوجب وقيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره فان خلافة الوارث من الميت
عن ذلك الجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره بتعيين وما يوجب قيام حق
في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به كذا في العناية يقول الفقير فعلى هذا لو كان ما يوجب
قيام حق الميت في المال كالدين وغيره محققا لا يؤمر بالدفع الى الوارث لكن لم يتعرضوا له تدبر
واذا قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا اي ابن المودع ايضا وكذبه الاول قضى للثاني بشيء
فقضى للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فلا يكون اقرار
الثاني بكونه اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر
للاول لم يكن به احد فصح اقراره حين اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح ولو قسم الميراث
بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا فيها في هذه الشهادة لا نعرف له وارثا اخر
او غريما اخر لا يؤخذ منهم اي من الورثة او من الغرماء كفيل وهذا اي اخذ الكفيل كما فعله بعض
احتياط ظلم اي ميل عن سواء السبيل قال صاحب الهداية وقوله ظلم اي ميل عن سواء
السبيل وهذا يكشف عن مذهبنا ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض انتهى قال
صاحب البناية اي دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب ونص على ان الامام ابا حنيفة اتقى الائمة واصحابه براء عن مذهب الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب

وعندهما يوخذ منهم كفيل لان القاضي نصب ناظرا للغيب والموت قد يقع بغتة فلابد
بيان كل الورثة او الغرماء فيجوز ان يكون وارث غائب او غريم غائب فيجب على القاضي
الاحتياط بالتكفيل مما لغيره في الاخذ وتفاديا من الاتواء كما اذا وجد آبقا
او التقط لقطة وسلم الآبق واللقطة الى صاحبها بالعلامة فانه يحتاط بالتكفيل
فصار هنا كامرأة استنفقت وزوجها غائب وله عند رجل وديعة والمودع
مقر بالوديعة والزوجة فالقاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا وله ان
جهالة المكفول له تبطل الكفالة كما مر في كتابها ولان حق الحاضر معلوم وحق الغائب
موهوم والموهوم لا يعارض المعلوم فلا يجوز التاخير والتعطيل الا زمان التجيز
كمن اثبت الشراء من ذي اليد بالبينة فانه يقضي لمدعي الشراء ولا يوخذ منه كفيل
وان توهم ظهور مشتر آخر منه او قبله او اثبت الدين على العبد فانه يباع في دينه
ويأخذ الدائن دينه منه ولا يوخذ الكفيل منه وان توهم ظهور دين آخر
ومن ادعى عقارا ارثا له ولاخيه الغائب وبرهن عليه دفع اليه نصفه وترك باقيه
مع ذي اليد بلا اخذ كفيل منه اي من ذي اليد ولو كان جاحدا او لم يكن
يعني عقار في يد رجل ادعى اخوان اباه مات وتركه ميراثا بينه وبين اخيه الغائب
ولا وارث له غيرهما وبرهن عليه قضي له بالنصف ودفع اليه وترك النصف الآخر
في يده والذي هو في يده ولا يستوثق بنفسه بكفيل سواء كان جاحدا لدعواه او لا
عند ابي ح قال صاحب الهداية وانما لا يوخذ كفيلا لانه انشاء خصومة والقاضي
انما نصب لقطعها لا لانشائها وقالا ان لم يكن جاحدا فكذلك
وان كان جاحدا لدعواه اخذ اي اخذ القاضي النصف الآخر منه اي من ذي اليد ووضع عند امين
حتى يقدم الغائب لان الجاحد خائن فيؤخذ منه ويوضع عند امين بخلاف المقر فانه امين
فيترك في يده ولابي ح ان اليد الثابتة لا تنزع بلا ضرورة ولا ضرورة هنا لان القضاء
وقع للميت بالكل لان الوارث قال هذا ميراث ولا وارث الا بثبوت الملك للمورث واحتمال
كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما لو كان مقرا وسيبطل جحوده بقضاء القاضي
والظاهر انه لا يجحد فيما يستقبل لان الحادثة صارت معلومة للقاضي ولذي اليد وجحوده
باعتبار اشتباه الامر عليه وقد زال وفي المنقول يوخذ منه اي من ذي اليد اتفاقا
يعني اذا كانت الدعوى في المنقول قيل يوخذ منه اتفاقا لاحتياج المنقول الى الحفظ
والنزع من يده ابلغ في الحفظ كيلا يتلف واما العقار فمحفوظ بنفسه الا يرى ان الوصي
يملك البيع على الكبير الغائب في المنقول دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم يملك
ذلك على الصغير وقيل هنا على الخلاف ايضا يعني عند ابي ح في المنقول يترك النصف
الآخر في يد ذي اليد سواء كان جاحدا او لا وعندهما ان لم يكن جاحدا فكذا وان كان
جاحدا يوخذ منه ويوضع في يد عدل قال صاحب الكافي والعناية وقول ابي ح في
المنقول اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا
عليه ولو اخذ منه ووضع في يد عدل كان امينا فيه ولم يكن مضمونا ان ضاع فكان الترك ابلغ
في الحفظ واذا حضر الغائب دفع اليه نصيبه بدون لزوم اعادة البينة في الصحيح
لان القضاء وقع للميت واحد الورثة ينتصب خصما عن سائر الورثة فيما يستحق للميت وعليه دينا
كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة الميت واحد الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك
فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت فجاز له استيفاء الجميع لكن لا يدفع اليه
سوى نصيبه بالاجماع قلنا انه في الاستيفاء عامل لنفسه دون الميت فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره
فلهذا لا يستوفي الا نصيب نفسه وصار كما لو قامت البينة بدين للميت وعليه فانه يقضي بالكل
ولا يوخذ الا نصيب نفسه ولا يدفع الا نصيب نفسه وانما قلنا في الصحيح لان من المشايخ من قال بوجوب اعادة البينة
اذا حضر الغائب قياسا على قول ابي ح في القصاص اذا اقام احد الوارثين البينة على انه قتل اباهما ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى الاعادة

لا اتفاقا ح

ومن

ومن اوصى بثلث ماله فهو اي الثلث يقع على كل مال له ولو قال مالي او ما املك
صدقة فهو يقع على مال الزكاة دون غيره والقياس فيهما واحد
وهو قول زفر لان اسم المال عام فيلزم التصدق بكل ماله كما في الوصية
ولنا ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ما اوجبه الله تعالى من الصدقة
المضافة الى المال مطلق بقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة انصرف الى ما يجب فيه
الزكاة لا الى كل مال فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها اخت الميراث
لكونها خلافة كالوراثة والوراثة تجري في جميع الاموال فكذا الوصية
ويدخل فيه اي في النذر ارض العشر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ
جهة الصدقة راجحة في العشر عنده فصارت الارض العشرية كاموال التجارة
لانها من جنس الاموال التي يجب فيها الصدقة خلافا لمحمد فانه قال لا يدخل
ارض العشر لانها سبب المؤنة وحاصله ان جهة المؤنة فيها غالبة عند محمد لان سببها
الارض النامية كما في الخراج وعند ابي يوسف جهة الصدقة غالبة ولهذا يصرف الى
مصارف الصدقات والارض الخراجية لا تدخل اجماعا لان الخراج مؤنة فيها معنى
العقوبة وليس بصدقة بوجه قال صاحب الكافي وفي رواية لو قال ما املكه صدقة
المساكين يتناول كل مال لان الملك اعم من المال الا انه قد يملك غير المال كالقصاص
والنكاح والمنفعة والمخصص ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال في الكتاب والسنة
ولم يوجد المخصص في لفظ الملك فيبقى عاما والصحيح انهما سواء لانهما يستعملان استعمالا
واحدا يعني الفرق فيه بحث ظاهر تامل فان لم يكن له مال غيره
اي غير ما دخل تحت الايجاب امسك منه قوته ويتصدق بالباقي لان حاجته هذه
مقدمة اذ لو لم يمسك قوته لاحتاج ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بجميع ماله
ويسأل الناس من يومه فاذا اصاب بعده مالا تصدق بمثل ما امسك قال صاحب العناية
ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس في كثرة العيال
وقلته وقيل المحترف يمسك قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب
الغلة وهو صاحب الدار والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان يمسك قوت
شهره لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع يمسك قوت العام
لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله
ومن اوصي اليه ولم يعلم الوصي بالايصاء فهو وصي حتى لو باع شيئا من التركة كان بيعه جائزا
بخلاف التوكيل يعني لو وكل رجلا ولم يعلم ذلك الرجل لا يكون وكيلا حتى لو باع
شيئا لا يجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف
على العلم كتصرف الوارث والتوكيل اثبات ولاية التصرف في حال وليس باستخلاف
ولاية المنوب عنه فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية وعن ابي يوسف انه لا يصح في الوصية ايضا
حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان الايصاء انابة بعد الموت والتوكيل قبله فكما
لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله وقبل في الاخبار بالتوكيل
فرد ولو كان ذلك الفرد فاسقا لان الاصل بالوكالة اثبات حق للوكيل يستوفيه
ان شاء وليس فيه الزام ليشترط شرائط الالزام لا يقبل في العزل منه بقول
الفرد الظاهر ان الضمير راجع الى التوكيل لان لا معنى للعزل عن التوكيل فالمناسب منها
راجعا الى الوكالة في ضمن التوكيل الا ان يرتكب الى كون التوكيل مصدرا مبنيا
للمفعول لكنه بعيد ايضا بل لا بد من الاخبر عدل او مستورين عند ابي حنيفة
يعني اذا عزل الموكل الوكيل فاخبره بذلك عدل او مستوران لا يصح تصرفه بعد ذلك
ولو اخبره فاسق او مستور الحال لا اعتبار لاخباره حتى يجوز تصرفه بعده عند ابي ح وعندهما هو
في العزل كالاول التوكيل في انه يقبل في الاخبار بالعزل خبر فرد ولو كان فاسقا كالاخبار بالتوكيل

الدهقان بالكسر والضم القوي على التصرف مع حدة والتاجر وزعيم فلاحي العجم ورئيس الاقليم قاموس

قال صاحب البيانية ... لا يقال لم يستعمل في كتب اللغة ههنا المعنى لان المستعمل فيها انابة بمعنى الرجوع الى الله تعالى لانا نقول كل ثلاثي اذا اريد تعديته يعدى باحد الاشياء الثلاثة الهمزة والباء والتضعيف ... منه

وكذا الخلاف بين الامام والامامين في اخبار السيد بجناية عبده يعني
اذا جنى عبد خطأ فعلم السيد بجناية عبده باخبار عدل او مستورين فباع السيد العبد
يكون مختاراً للفداء عنده وعندهما اذا اخبره فرد ولو فاسقا فباعه يكون مختاراً
للفداء وكذا الخلاف في اخبار الشفيع بالبيع يعني اذا اعلم الشفيع البيع فسكت
ان اخبره عدل او مستوران يكون سكوته تسليما عنده وعندهما يكون تسليما
اذا اخبره فرد ولو كان فاسقا وكذا الخلاف في اخبار البكر في التزويج
يعني اذا اعلم البكر بانكاحها الولي فسكتت ان اخبره عدل او مستوران
يكون سكوته تسليما عنده وعندهما يكون تسليما اذا اخبره فرد ولو فاسقا
وكذا الخلاف في اخبار مسلم اسلم ولم يهاجر الينا بالشرائع متعلق باخبار
يعني اذا اخبر المسلم الذي في دار الحرب بالشرائع لا تلزمه الشرائع الا اذا اخبره عدل
او مستوران عنده وعندهما تلزمه اذا اخبره فرد ولو فاسقا لهما ان هذا كله
من جنس المعاملات فلا يتوقف على شرائط الشهادة كالاخبار بالتوكيل
وله ان الخبر بهذه الجملة يشبه التوكيل من حيث ان المتصرف متصرف في ملكه ويشبه
الالزامات لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف فوجب ان يشترط
احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة توفيرا على الشبهين حظهما
بخلاف التوكيل لانه لا الزام فيه بوجه من الوجوه قال يعقوب باشا اما المسلم الذي
لم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل فيه خبر الواحد الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره
كذا ذكره الزيلعي انتهى ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اي العبد المديون
لاجل دين الغرماء واخذ القاضي او امينه المال اي ثمن العبد فضاع واستحق
العبد من يد المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه لان امين القاضي بمنزلة القاضي
لانه نائبه والقاضي بمنزلة الامام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان لانهم محتاجون
امثال هذا في كل يوم مرارا واطوارا فلو قلنا برجوع الحقوق اليهم لتقاعدوا
عن اقامتها فيختل مصالح الناس ويرجع المشتري على الغرماء لانه لما تعذر
الرجوع على القاضي وامينه فيرجع المشتري عليهم لان القاضي او الامين قد عمل لهم
ولانه عقد لم يرجع عهدته على العاقد فيجب على من يقع العقد له والبيع واقع
للغرماء فيكون العهدة عليهم كما لو كان العاقد صبيا او عبدا محجورين
وقد توكلا عن غيرهما بالبيع فان الحقوق ترجع الى الموكل
ولو باعه اي العبد الوصي لاجلهم اي لاجل الغرماء بامر القاضي وقبض ثمنه
ثم استحق العبد من يد المشتري او مات العبد قبل قبضه اي قبل قبض المشتري العبد
وضاع المال اي الثمن في يد الوصي يرجع المشتري على الوصي لان الرجوع بالثمن
من حقوق العقد وحقوقه ترجع الى العاقد وهو الوصي نيابة عن الميت لانه وان
نصبه القاضي فانما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي
وحقوق العقد ترجع الى الميت لو باشره في حياته فكذا ترجع الى من قام مقامه بعد موته
وهو اي الوصي يرجع على الغرماء لانه باع لهم فكان عاملا لهم ومن عمل لغيره عملا
ولحقه فيه ضمان يرجع بالضمان على من وقع له العمل ولو ظهر بعده للميت مال رجع الغريم
فيه بدينه لانه لم يصل اليه وهل يرجع الغريم بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف
قال بعضهم يرجع به ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت وقال بعضهم
ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره
ولا يصح ان يرجع لانه قضى دين غيره وهو كان مضطرا فيه
والوارث اذا احتاج الى بيع شيء من التركة وهو صغير فباعه الوصي ثم
استحق رجع المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث كذا في الكافي والعناية

ولو قال

ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او القطع او الضرب
فافعله وسعك فعله وقال محمد آخرا لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة ويكون الشهادة
بحضرتك جواب لو وهو رواية ابن سماعة عنه لان قول القاضي يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن
واستحسن كثير من مشايخنا هذه الرواية لفساد حال زماننا لانهم قد فسدوا وايقن
الفقير في عصرنا وهو سنة اثنين وثلاثين والف فلا يؤتمنون على نفوس الناس ودمائهم و
اموالهم وهذا يقتضي ان لا يقبل كتابهم ايضا الا انهم تركوه واخذوا فيه بظاهر
الرواية والحاجة اليه ووجه ظاهر الرواية ان القاضي امين فيما فوض اليه وقد امرنا
بطاعة اولي الامر وطاعة القاضي في تصديقه وقبول قوله فصار قوله بمنزلة الولاية
كقول الجماعة فجاز الاعتماد على قوله في كل باب وكذلك صار كتاب القاضي الى القاضي
حجة لان اخباره كشهادة شاهدين فيصح نقله كما يصح من الشاهدين على شهادة شاهد
قال ابو منصور ان كان القاضي عالما عادلا يجب قبول قوله لظاهر الامر وعدم تهمة الخطا
وكذا وسعك فعله في القاضي العدل غير العالم ان استفسر فاحسن تفسيره
يعني اذا استفسر عنه احد مثلا بانك كيف حكمت عليه بحد الزنا فان احسن تفسيره
وقال استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم او الحد وفي
حد السرقة ان قال ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي
القصاص ثبت عندي انه قتل عمدا بلا شبهة يسع لك فعل ما امر والا اي وان لم
يحسن تفسيره فلا يجب تصديقه ولا يسع لك فعل ما امر وانما يحتاج الى الاستفسار
الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا ولا يعمل بقول غير العدل مطلقا
سواء كان عالما او جاهلا لتهمة الخطا بالجهل والخيانة بالفسق ما لم يعاين سبب الحكم
يعني سبب الشرعي اذا عاين يعمل قوله لانتفاء التهمة ولو قال قاض عزل لشخص
اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها اي بالالف عليك او قال قضيت
بقطع يدك في حق فقال ذلك الشخص بل اخذتها اي الالف او قطعت يدي
ظلما متعلق باخذت وقطعت على التنازع واعترف بكون ذلك اي كون الاخذ
او القطع حال ولايته اي ولاية القاضي صدق القاضي ولا يمين عليه
يعني اذا قال قاض معزول لرجل اخذت منك الف درهم ودفعته الى زيد
قضيت به عليك فقال الرجل لا بل اخذت ظلما فالقول للقاضي بلا يمين
وكذا لو قال قضيت بقطع يدك بحق فقال الرجل بل فعلته ظلما فالقول
للقاضي ايضا اذا كان الماخوذ منه ماله او المقطوع يده مقرا بكون الاخذ والقطع
حال قضائه لانه لما اقر بانه فعل ذلك في حال قضائه صار مقرا بشهادة الظاهر
للقاضي لان فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان وايضا الظاهر ان القاضي
لا يظلم فيجعل القول قوله بلا يمينه لانا لو اوجبنا اليمين لامتنع الناس عن الدخول في القضاء
فيتعطل امور الناس وقال صاحب الكافي في دليل عدم لزوم اليمين عليه لانه ثبت انه فعل ذلك
في قضائه لتصادقهما ولا يمين على القاضي لانه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ
انتهى يقول الفقير وفيه بحث ظاهر يلزم التأمل وجوابه وقال صاحب البدائع بعد
ذكر الدليل الذي ذكرنا ولانا لو اوجبنا عليه اليمين لكان خصما وقضاء الخصم لا يجوز
والقاضي عهد امينا لا خصما فيرد عليه ما يرد على صاحب الكافي لكن لو قيل
ولانا لو اوجبنا عليه اليمين لكان خصما والقاضي عهد امينا لا خصما وترك قوله وقضاء
الخصم لا يجوز لكان اسلم من المعارضة تدبر ولو قال ذلك الشخص للقاضي
فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك وادعى القاضي فعله في زمان ولايته فالقول له
اي للقاضي ايضا هو الصحيح لانه [illegible] اضاف الاخذ او القطع الى حال
القضاء لان حالة القضاء معهودة وهي منافية للضمان فصار القاضي بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول له صح

كما في طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهوداً وانما قال هو الصحيح احترازاً عما قاله السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على المنافي اذا وقعت في الماضي بحكم الحال وفي هذه الحال فعل موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه واما في الصورة الاولى فقد نصا دقا انه فعل وهو في ذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا والقاطع او الآخذ ان كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن القاطع والآخذ هنا ان فيما قال المدعي فعلته قبل ولايتك او بعد عزلك لا في الاول اي فيما اعترف المدعي بكون ذلك حال ولايته يعني لو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي في الفصل الاول لم يضمنا لانه فعل في حال القضاء ودفع صحيح كما لو كان دفع المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ فكذلك ههنا وكذا اذا امره بالقطع معاينا في حال القضاء ولو اقر القاطع او الآخذ في الفصل الثاني بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وانما قبلنا قول القاضي في نفي الضمان عن نفسه لا في ابطال الضمان عن غيره بخلاف الاول لثبوت فعله في قضائه بتصادقهما لا ينافي الآخذ والقاطع في الصورة الثانية اسندا الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهته راجحة لانا نقول اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضاً لكن ذلك الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الآخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ المدعي المال سواء صدق المأخوذ منه المال في انه فعل في قضائه او في انه فعله في غير قضائه لان الآخذ اقر ان اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد كذا في العناية

كتاب الشهادة

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب القضاء ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى الشهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق انها مأمور بها قال الله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط فلا يتعين حسنها لانه المأمور من صفة الحسن وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح الفقهاء هي الشهادة اخبار بحق للغير على الغير سواء كان حق الله او حق غيره ناشيا عن مشاهدة لا عن تخمين واليه الاشارة بقوله عليه السلام اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع ومن تعين لتحملها اي لتحمل الشهادة بان لا يوجد غيره ممن هو اهل للشهادة لا يسعه ان يمتنع منه اي من التحمل اذا طلب لان في الامتناع من التحمل تضييع الحقوق وان لم يتعين للتحمل بان يوجد غيره فهو مخير ان شاء تحملها وان شاء احترز عنه ويفترض اداؤها بعد التحمل اذا طلبت الشهادة منه اي من الشاهد لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي ليقيموا الشهادة وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه خص القلب وان كانت الجملة آثمة لانه رئيس الاعضاء والمضغة اذا صلحت صلح الجسد كله وان فسدت فسد الجسد كله فكأنه قيل وقد تمكن الاثم في اصل الجسد وفي اشرف شيء منه ولان افعال القلوب اعظم من افعال سائر الجوارح الا ترى ان اصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب فقد شهد له بانه اعظم الذنوب

قال

قال صاحب الهداية الشهادة فرض تلزم الشهود لا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه قال صاحب العناية اي صاحب الهداية فرضية الاداء بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان واستدل عليها بقوله ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا للنهي بالاداء وما لم يجب لا يلزم ثبوته فكان اظهار الاداء واجبا قال صاحب النهاية النهي عن الشيء لا يكون امراً بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو كالنهي عن الكتمان عما في القلوب فانه امر بضده قال صاحب العناية وليس بالصحيح المذهب لما عرف في اصول الفقه قال سعدي افندي هو الصحيح من المذهب على ما اوضحه في التوضيح وغيره قال الشيخ النهاوندي في شرح المغني اما النهي عن الشيء فهل يكون امراً بضده اذا كان له ضد واحد باتفاق فهو كالنهي عن الكفر يكون امراً بالايمان وان كان له اضداد ففيه الخلاف انتهى يقول الفقير لو لم يكن النهي عن الشيء بضده اذا كان له ضد واحد يلزم المحال وهو ارتفاع النقيضين واستحالته بديهية فتدبر وانما اشترط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ولو قضى على انه الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه عنه فانه يجب عليه الشهادة ولا اثم والجواب انه الحق بالمطالبة لانه فان الموجب للاداء عند طلب احياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به كذا في العناية الا ان يقوم الحق بغيره بان يكون في الصك سواه ممن يقوم به الحق فيجوز له الامتناع لان الحق لا يضيع بامتناعه ولانها فرض كفاية وستر الشاهد في الحدود افضل يعني ان الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وبين ان يظهر لانه بين ان يشهد حسبة لله فيقام عليه الحدود وبين ان يتوقى عن هتك ستر المسلم والستر افضل عقلا ونقلا اما الاول فلقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة وقوله عليه السلام للذي يشهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم ومن ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وايضا ما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه بقولهم لعلك لمستها او قبلتها دلالة ظاهرة على افضلية الستر قال صاحب العناية قيل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز باخبار الآحاد واجيب بان الآية محمولة على المداينة في حقوق العباد لانه في الحقوق بدلالة سبب نزولها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبي عليه السلام والصحابة في الستر والدرء متواتر في المعنى كجواز الزيادة وقيل ان الخبر الذي قاله عليه السلام لهزال الاسلمي ورد في ماعز وحكاية مشهورة يجوز الزيادة بها فيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة الخبر الوارد بالستر انتهى قال سعدي افندي اذا كان هذا الخبر واردا في حكاية ماعز ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قول صاحب العناية للذي يشهد عنده فتأمل واما الثاني فلان الكتمان انما يحرم لخوف فوت حق المحتاج الى الاموال والله غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوت الحق فيتعين صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك ويقول الشاهد في السرقة اخذ لا سرق احياء لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر وهذا لان القطع والضمان لا يجتمعان وفيه شهادة بالسرقة ابطال حق العبد وترك الستر وفي شهادته بالاخذ رعاية حق العبد ومحافظة الستر

وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من رأى عورة فسترها كان كمن احيى موؤدة من قبرها

من ان خلاف المتقدم لا يعتبر هنا لكونه

وشرط للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء. فان قيل في هذه النصوص بيان
جواز العمل بهذا العدد وليس فيها بيان عدم جواز ذلك بدون العدد قلنا المقادير في الشرع
لمنع الزيادة او النقصان او لمنعهما وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان
لم يكن لهذا التقدير فائدة ولان هذه قضية متلقات من جهة الشرع ينتهي الى ما
انهاه اليه الشرع ولا يقبل فيه شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود
والقصاص وتخصيص الخليفتين بالذكر لما ورد في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم
اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر كذا في العناية وشرط للقصاص وبقية الحدود رجلان
لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء لما بينا في الحديث
وشرط للولادة والبكارة وعيوب النساء مما لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة
واحدة لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والالف واللام اذا دخلتا على الجمع ولم يكن ثم معهود ينصرف الى الجنس
فتناول الواحدة فما فوقها وعند الشافعي يشترط الاربع بناء على ان كل امرأتين
يقومان مقام رجل في الشهادات وعند مالك يعتبر امرأتان لانه سقط اعتبار صفة
الذكورة فبقي العدد معتبرا قلنا ان صفة الذكورة انما سقطت ليخف النظر اذ
النظر الى العورة حرام الا انا اجزنا نظر جنسها لان نظر المرأة الى المرأة اخف لان
شهوتهن اليهن اقل من نظر الرجل الى عورتها واسقطنا اعتبار العدد لان نظر الواحد
اخف من نظر الجماعة لكن الاثنين والثلاث احوط لزيادة طمانينة القلب ولما فيه
من معنى الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بها وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا انتهى
وكذا شرط شهادة امرأة واحدة لاستهلال المولود في حق الصلاة عليه لانها من امور الدين
وخبر المرأة الواحدة حجة في ذلك كشهادتها على هلال رمضان لا في حق الارث عنده
لان الاستهلال صوت الولد عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن
فيه حجة وعندهما في حق الارث ايضا كما تقبل شهادتها في حق الصلاة لان الرجال لا
يحضرون ذلك الموضع ليسمعوا صوته فصارت كشهادتها على نفس الولادة والجواب
ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتها ونفس الولادة
انفصال الولد عن الام وذلك الرجال لا يشارك الرجال فيه النساء
وشرط لغير ذلك المذكور من الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال رجلان او رجل وامرأتان
مالا كان الحق او غيره كالنكاح والرضاع والطلاق والوكالة والوصية
والرجعة وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها
كالاجارة والاعارة والكفالة والاجل وشرط الخيار واستدل عليه بان الاصل
في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية
ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها استثنيت
من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها ودونها
فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاعتاق
والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص
ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء ونقصان الضبط
لغلبة النسيان يجبر بضم امرأة اخرى اليها والنقصان اذا انجبر صار كان لم يكن الا انه
بسبب النقصان وهو الانوثة قائم مقامه فيورث شبهة فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات
وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة

ويشترط

ويشترط للكل الحرية فلا يقبل شهادة العبيد لان الشهادة من باب الولاية
ولا ولاية للعبد على نفسه فكيف على غيره والاسلام فلا يقبل شهادة الكافر على المسلم
لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والعدالة وهي
كون حسناته اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر
لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار على ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا صغيرة
مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وانما شرطت لانه تعالى قال ممن ترضون من الشهداء
والفاسق لا يكون مرضيا وقال ايضا واشهدوا ذوي عدل منكم ولان الخبر يحتمل الصدق
والكذب والحجة خبر هو صدق وبالعدالة يترجح جهة الصدق وهي الانزجار عن
محظورات دينية ومن ارتكب غير الكذب من المحظورات فقد يرتكب الكذب ايضا
وهي شرط العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل الولاية والقضاء
والسلطنة والامارة والشهادة عندنا وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها
في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يتمكن تهمة الكذب في شهادته فلوجاهته لا يستاجر
احد على استيجاره لاداء الشهادة ولمروته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك
والاصح ان شهادته لا تقبل لان قبول الشهادة لاكرام الشاهد قال صلى الله عليه وسلم
اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه لانه صلى الله عليه وسلم
قال اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر اي شديد العبوسة ومن يكون معلنا للفسق
لا يكون له مروة فلهذا لا تقبل شهادته الا ان القاضي لو قضى بشهادته يصح عندنا
قال صاحب الدرر في متنه ولزم العدالة لوجوب القبول ثم قال في شرحه وفيه اشارة
الى ان العدالة شرط وجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل
للقضاء والولاية والسلطنة والامارة والشهادة عندنا انتهى ويشترط
لفظ الشهادة اي لفظ اشهد فلا يصح لو قال اعلم او اتيقن لان النصوص وردت
بهذه اللفظة قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا
شهيدين وقال صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان قوله
اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود ولجواز الحكم
بالشهادة بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص ولان في لفظ الشهادة زيادة تاكيد لدلالته على ... صح
بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز التبديل بما هو يفيد التعظيم
ولا يسأل قاض عن شاهد كيف هو بلا طعن الخصم يعني ان القاضي يقتصر على
ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل ولا يتفحص ان الشاهد عدل او لا اذا لم يطعن الخصم
واذا طعن يسأل القاضي عنه في السر ويزكي في العلانية الا في حد او قود
فانه يسأل في السر ويزكي في العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم او لا لانه يحتال لاسقاطهما
فيشترط الاستقصاء فيهما وعندهما يسأل في سائر الحقوق سرا وعلنا بلا طعن الخصم
ثم قيل هذا اختلاف عصر وزمان لانه افتى في القرن الثالث الذين شهد لهم النبي
صلى الله عليه وسلم بالخيرية بقوله خير القرون قرني الذين انا فيهم ثم الذين يلونهم
ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد
وهما افتيا في القرن الرابع الذي شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
بفشو الكذب بعضهم وقيل هذا اختلاف حجة وبرهان لهما ان القضاء يبنى على الحجة
وهي شهادة العدول والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للالزام
وحاجتنا الى الزام الحكم وذا لا يكون الا بحجة ملزمة فوجب التعرف عن العدالة
لالزام الحكم وله قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا
في قذف ومثله عن عمر رضي الله عنه فهذا من صاحب الشرع افترض تعديل المزكي
ولان العدالة ثابتة من حيث الظاهر نظرا للدين والعقل لانهما يمنعانه عما هو محظور دينه
فاكتفى بهذا الظاهر لاثبات ما لم يكن ثم منازع اذا لم يكن الوصول الى القطع لخفائه

وهنا لان اقضى درجاته ان يعرف منزجراً عن المحظورات متمسكا بالطاعات
وذا لا يدل على تمسكه بالصدق في الشهادات • الا يرى ان الملك الثابت بظاهر اليد يصلح
حجة لاستحقاق الشفعة اذا لم يكن المشترى منازعا ولا منازعة قبل الطعن •
فصلح حجة وبعد الطعن وجدت المنازعة وبه اى بقول الامامين يفتى في زماننا
لفساد الزمان • ثم التزكية في السر ان يبعث قطعة قرطاس كتب فيه اسماء الشهود
وهيئتهم ويلتمس من المزكى تعريف حالهم والتزكية في العلانية ان يجمع القاضى
بين المزكى والشهود في مجلس القضاء فيسأل المزكى عن الشهود بحضرة الشهود
اهؤلاء عدول مقبولوا الشهادة ليزكيهم او يجرحهم •
ويجزى الاكتفاء بالسر لان تزكية العلانية بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعى يقابلون
الجارح بالاضرار والاذى قال صاحب الكافي وكانت التزكية في عهد رسول
صلى الله عليه وسلم واصحابه علانية لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف
من المدعى ولا من الشهود لانهم منقادين للحق ولا يقابلونه بالاذى لو جرحهم
لكن وقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا وتركت تزكية العلانية لانها بلاء وفتنة
اذ الشهود والمدعى يقابلون الجارح بالاذى والاضرار ويكفى للتزكية ان يقول
هو عدل في الاصح وان لم يقل جائز الشهادة وقيل لا بد من قوله عدل جائز الشهادة
اذ العبد قد يعدل ولكن ليس بجائز الشهادة والاصح هو الاول لثبوت الحرية بالدار
قال سعدى افندى اقول الاظهر ان يعمل بقول من يقول لا بد من قوله عدل جائز
الشهادة في ديارنا انتهى قال صاحب العناية فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في
كتاب القاضى اليه هو عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا
عن الهتك او يقول الله اعلم الا اذا خاف انه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضى
بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة ولا فسق يكتب تحت اسمه مستور •
ولا يصح تعديل الخصم بقوله هو عدل لكن اخطأ في شهادته على او نسى كيفية الوقعة
لان في زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب في الانكار وتزكية الكاذب
لا يصح وهو عند ابى حنيفة وعندهما يصح ان كان من اهله بان كان عدلا لكن عند محمد
لا بد من ضم اخر اليه لعدم جواز تعديل الواحد لان العدد في المزكى شرط عنده •
وابو يوسف يجوزه ولا يلزم ضم اخر اليه لان العدد في المعدل ليس بشرط عنده
فان قال الخصم هو عدل صدق او عدل صادق ثبت الحق لانه يكون اقرارا منه
بثبوت الحق بخلاف ما لو قال عدل وما يرد عليه لانه يصح كونه عدلا يجوز فيه الخطأ او
النسيان فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا ويكفى الواحد لتزكية السر والترجمة والرسالة
يعنى الواحد يصلح ان يكون مزكيا في السر ورسولا من القاضى الى المزكى فلو ارسل رسولا يسأل
الشهود يكفى الواحد وترجمة الشاهد فانه ان كان الشاهد عجميا او تركيا فترجم الواحد
عنه يكفى هذا عند ابى حنيفة وابى يوسف لانها ليست بشهادة حتى لا يشترط فيها لفظ
الشهادة ومجلس القضاء فكذا لا يشترط فيها العدد وانما شرطنا العدد في الشهادة
بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص والاثنان احوط وافضل
لان فيه زيادة طمأنينة • وعند محمد لا بد من الاثنين فيها لانها شهادة اذ تفسير شهادة
بها فيشترط بها العدد كما شرطت الذكورة في المزكى في الحدود ولان اصل القضاء بالشهادة
وكماله بالتزكية وقد شرطت العدالة في هذا الشطر فيشترط فيه العدد ايضا اعتبارا
لاحد الشطرين بالاخر وهذا في تزكية السر واما في تزكية العلانية فالعدد شرط بالاجماع لان
معنى الشهادة فيها ابين فانها تختص بمجلس القضاء بخلاف تزكية السر
ويشترط الحرية في تزكية العلانية لما ذكرنا من معنى الشهادة فيها ابين دون السر لانها ليست
على ما مر انفا • ثم انهم قالوا لا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد كذا في الهداية

فصل

فصل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين
احدهما ما يثبت بنفسه بلا اشهاد مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل
ونوع لا يثبت بنفسه بل يحتاج الى الاشهاد مثل الشهادة على الشهادة •
فشرع المصنف ابتداء في النوع الاول وقال فيشهد بكل ما سمع من المسموعات او رآه
من المبصرات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم مثال ما كان من المسموعات
والغصب والقتل مثال ما كان من المبصرات وان لم يشهد بنى المفعول من الافعال
عليه لانه علم بما هو موجب بنفسه عيانا وهو مطلق للاداء لوجود ما هو الركن
في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه
وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع • ويقول اشهد انه باع او غصب
لا يقول اشهدنى لئلا يكون كاذبا يقول الفقير الظاهر انه ليس بطاقة لو قال
المشترى لرجل حاضر في البيع اشهد اى اشهدنى فالظاهر انه يجوز له ان يقول
اشهدنى ودليلهم وهو قولهم لئلا يكون كاذبا يؤيد ما قلنا وفي البنائية
اشارة اليه تتبع ولو سمع من وراء الحجاب لم يجز له ان يشهد ولو شهد وفسر
للقاضى انه سمع من وراء الحجاب لا يقبل لان الصوت يشبه الصوت فلا يحصل
العلم الا اذا دخل البيت وعلم انه ليس فيه غيره ثم خرج وقعد على الباب وليس للبيت
مدخل غيره فسمع اقرار من في البيت ولا يراه فحينئذ يحل له ان يشهد على اقراره
لحصول العلم في هذه الصورة قال الفقيه ابو الليث اذا اقرت امرأة من وراء حجاب
وشهد عنده اثنان انها فلانة بنت فلان بن فلان لا يجوز لمن سمع اقرارها ان
يشهد عليها الا اذا رأى شخصها يعنى حال ما اقرت فحينئذ لا يجوز ان يشهد على اقرارها
بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها قال ابو بكر الاسكاف المرأة اذا حسرت
عن وجهها فقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وقد وهبت لزوجى مهرى
فان الشهود لا يحتاجون الى شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان
ما دامت حية اذ يمكن للشاهد ان يشير اليها فان ماتت يحتاج الشهود حينئذ الى
شهادة عدلين انها فلانة بنت فلان بن فلان كذا في العمادية ويجوز شهادة المختبى
وهو ان يقر الرجل بحق والشهود مختبئون في بيت يسمعون اقراره فانه يحل لهم الشهادة
اذا كانوا يرون وجهه وان لم يروه لا يحل لهم الا اذا علموا ان ليس في البيت غيره فيحل
كذا في الاختيار • ثم شرع في النوع الثانى فقال ولا يشهد على شهادة غيره اذا سمع اداءها
يعنى اذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز للسامع ان يشهد على شهادته او اشهاد الغير عليه
يعنى لو سمع شاهدا يشهد غيره على شهادة لم يجز للسامع ايضا ان يشهد على شهادة
ما لم يشهد هو اى الشاهد الاصل عليها اى على شهادة • اما في الصورة الاولى فلان
الشهادة ليست موجبة للحكم الا بالنقل الى مجلس الحكم ولا يكون ذلك الا بالتحميل
واما في الصورة الثانية فلانه ما حمل بل حمل غيره • ولا يعمل شاهد ولا قاض ولا راو
بخطه ما لم يتذكر عند ابى حنيفة • يعنى ان الشاهد اذا رأى خطه لا يحل له ان
يشهد الا ان يتذكر الشهادة وكذا القاضى اذا وجد في ديوانه اقرار رجل
لرجل بحق من الحقوق او شهادة شهود وشهد والرجل على رجل بحق من الحقوق وهو
لا يتذكر ذلك لا يحكم بذلك ولا ينفذه حتى يتذكر وكذا الراوى اذا لم يتذكر
رواية الحديث لا يحل له الرواية اعتمادا على خط لان الشهادة والقضاء والرواية
لا يحل الا عن علم ولا علم هنا لان الخط يشبه الخط فلعله كان خط غيره فلما اشبه خطه
ظن انه خطه • وعندهما يجوز الشهادة والقضاء والرواية ان كان الخط محفوظا
في يده وان لم يتذكر الحادثة لوقوع الامن من الزيادة والنقصان فيكون الخلاف فيما اذا كان محفوظا

في يده

يعني قال ابو حنيفة لا يجوز سواء كان الخط محفوظاً في يده اولا وعندهما لا يجوز الا ان يكون محفوظاً في يده يجوز ان كان محفوظاً في يده وقال بعضهم الخلاف مطلق يعني عند ابي حنيفة لا يجوز مطلقاً وعندهما يجوز مطلقاً لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب ولا يشهد بما لم يعاينه لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس الحديث الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي واصل الوقف فان الشهادة بالتسامع جائزة فيها اذا اخبره بها من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين والقياس ان لا يجوز الشهادة بالتسامع في شيء لان المطلق للشهادة العلم ولا يحصل بالمعاينة او بالتواتر فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اسهل من حكم النكاح وجه الاستحسان ان هذه الامور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لان سبب النسب الولادة ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء التقليد ولا يعاينه الا كل الوزير ونحوه من الخواص وكذا النكاح لا يحضره كل احد وكذا الموت لا يعاينه كل احد والدخول لا يقف عليه احد الا بامارة فاذا سمع من الناس ان فلان بن فلان الفلاني زوج او زوج بنت فلان وهو يدخل عليها حل له ان يشهد انه دخلها وكذا اصل الوقف يقبل الشهادة فيه بالتسامع لان الشاهد ربما يكون سنه عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة فلو لم تقبل في جميع هذه المذكورات الشهادة بالتسامع لادى الى تعطيل الاحكام بخلاف البيع والاجارة والهبة ونحوها لان كل واحد منها كلام يسمعه كل احد لكن انما يجوز ان يشهد بالتسامع اذا حصل له العلم بالتواتر او بالاشتهار او باخبار من يثق فيشترط ان يخبره عدلان او عدل وعدلتان لانه اقل نصاب يفيد العلم الذي يبتني عليه الحكم وانما قال اصل الوقف لان في شروطه لا تقبل الشهادة بالتسامع قال صاحب الكافي واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف لانه يبقى على انقضاء القرون دون شرائطه لان اصل الوقف يشتهر فاما شرائطها التي شرطها الواقف فلا تشتهر قال الشيخ المرغيناني لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم وتاويل قولهم لا يقبل الشهادة على شرائط الواقف انه بعد ما ذكروا ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا انه يبدأ من غلته فيصرف الى كذا وكذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم انتهى وقيل في الموت يكفي العدل ولو كانت انثى هو المختار لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضرها غالباً الا واحد او واحدة بخلاف غيره من النسب والنكاح وغيرهما فيؤدي الى الحرج فيشترط العدد ويشهد من راى جالساً مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم انه قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه وان يعاين اسمه وخبره في تاويل المصدر مفعول يشهد ويشهد من راى رجلاً وامراة يسكنان معاً في بيت وبينهما انبساط الازواج انها زوجته كما اذا راى عيناً في يد غيره عملاً بظاهر الحال ويشهد من راى شيئاً سوى الادمي في يد متصرف فيه تصرف الملاك انه له ان وقع في قلبه اي غلب الراي ذلك اي كونه له لان الملك في الاشياء لا طريق اليقين الى معرفته وانما يعرف بطريق الظاهر واليد بلا منازعة دليل الملك الظاهر بل لا دليل لمعرفة الملك في حق سوى اليد بلا منازعة لان اقصى ما في هذا الباب ان يعاين اسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما لكن البيع انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكاً للبائع وكذا الهبة وانما يعرف كون المبيع او الموهوب ملكاً للبائع والواهب بيده بلا منازعة لكن قالوا انما يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد اذا وقع في قلبه انه له فان وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك له لان الاصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس الحديث فاذا تعذر ذلك يصار الى ما يشهد به القلب

قال

قال صاحب الاصلاح والايضاح قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير لا بد من انضمام التصرف اليها لان يد التصرف قد يكون بجهة الملك فيجعل نفس اليد دليلاً عليه والا الادمي ان علم رقه او كان صغيراً لا يعبر عن نفسه فكذلك يعني يحل للرائي في يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد انه له اما الاول فلان الرقيق لا يكون في يد نفسه بل يكون في يد المستولي عليه واما الثاني فلانه لا يد له لكونه صغيراً لا يعبر عن نفسه فيثبت يد المولى عليه حقيقة فصار كالثياب والدواب وان كان كبيراً او صغيراً يعبر عن نفسه ولم يعلم رقه لا يحل للرائي في يد متصرف فيه تصرف الملاك ان يشهد انه له لان كل واحد منهما يد على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول له فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقاً للشهادة لانه لا يصلح دليلاً والحر يستخدم الحر ويخدمه طوعاً كما يخدم العبد سيده وفي رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد انه يحل له ان يشهد في كل واحد منهما ايضاً فجعلوا اليد دليلاً في الكل الا ترى ان من ادعى عبداً او امة في يد غيره وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك ولقيام يده عليه يعني الفقيه التنوير بحث ند ترى ولو فسر للقاضي انه شهد بالتسامع في الصورة الاولى ما يجوز ان يشهد بالتسامع او بمعاينة اليد في الصورة الاخيرة بان يقول اشهد لاني رايته في يده لا يقبلها القاضي لانه اذا اطلق وقع في قلب القاضي صدقه فيكون شهادة عن علم ولا كذلك اذا فسره وقال سمعت كذا وعن هذا قيل الرسل الاخبار اقوى من المسانيد كذا في الدرر نقلاً عن الكفاية وذكر في العمادية فان فسر للقاضي انه شهد بالتسامع لا يقبلها الا في الوقف فان الشاهدين اذا فسرا شهادتهما بالتسامع في الوقف تقبل وفي فتاوى رشيد الدين وتقبل الشهادة بالتسامع في الوقف وان صرحا به لان الشاهد ربما يكون سنه عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة فيعلم القاضي ان الشاهد يشهد بالتسامع لا بالعيان فاذا لا فرق بين السكوت والافصاح واشار ظهير الدين المرغيناني الى هذا المعنى وهذا بخلاف ما يجوز به الشهادة بالتسامع فانهما اذا صرحا انهما شهدا بالتسامع لا تقبل انتهى ما في العمادية قال يعقوب باشا ذكر في بعض الشروح ان الشهادة في الوقف تقبل وان فسرها وتقبل في النكاح ايضاً وان فسرها في الاصح وتقبل في الموت ان شهدا وان فسرها بانه سمعه ولم يعاينه وفي شرح الزاهدي شهدا فيما يصح بالشهرة وقالا لم نعاين ولكن اشتهر عندنا تقبل وقال شارح الكنز المسمى بالمسكين وان فسر للقاضي انه شهد بالتسامع في غير صورة الموت والوقف او بمعاينة اليد لا تقبل وهو الصحيح وفي صورة الموت والوقف تقبل اذا استند الى ما يوثق به ومن شهد انه حضر دفن زيد او صلى عليه قبلت شهادته وهذا حضور دفن الميت او صلاته عليه عيان حتى لو فسر للقاضي بانه شهد بموت فلان ثم قال انما شهدت لاني حضرت دفنه او صليت عليه تقبل لان معاينة الموت لا يتيسر لكل احد فحضور دفنه او الصلاة عليه بمنزلة معاينة الموت ولا يخرج مثل ذلك التلبيس جهة لان صورة التلبيس فيه ان يشتهي غيره حيا ناكان او جمادا او ميت اخر غير المشهود به بستره ثم تغريره بحيث لا يمكن معرفة ما تحتها ويصلي عليه ويدفن وهو ما لا يعتاد فيناسب الناس كذا في حاشية اخي جلبي قال صاحب الرمز شارح الكنز ثم انه قصر الاستثناء على الاشياء الستة في التسامع وذلك ينفي اعتبار التسامع في غيرها وعن ابي يوسف اخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب والصحيح انه لا يجوز لابتنائه على زوال الملك فكان كالعتق

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

حاشية

المراسيل جمع مرسل وهو نوع من الاحاديث وتوضيحه على ما ينبغي في نخبة الفكر في مصطلح اهل الاثر وغيره من المؤلفات في اصول الحديث فعليك بها ان اردت الاطلاع على ذلك

لمولاه

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من يسمع منه الشهادة
ومن لا تسمع. وقدم ذلك على فصل هنا لانه محال الشهادة والمحال شروط والشروط
متقدمة على المشروط. واصل رد الشهادة ومبناه التهمة قال صلى الله عليه وسلم
لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب. وحجيته بترجح جانب الصدق
فيه وبالتهمة لا يترجح جانب صدقه بل يترجح جانب كذبه. وهي قد تكون بمعنى في
الشاهد كالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من المحظورات دينه قد لا ينزجر
عنه ايضا فكان متهما بالكذب. وقد يكون بمعنى في المشهود له باعتبار وصلة بينه وبين
الشاهد بزوجية او ولاد او ملك او شركة فتمكن تهمة الكذب في شهادته بان يميل اليه
ويؤثره على المشهود عليه الجبلة الانسانية. وقد تكون لخلل في التمييز كالمعنى
المفضي الى تهمة اللفظ فيها. وقد تكون لتهمة الكذب في الشاهد مع قيام العدالة
بدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة فان الله تعالى جعل عجزه
عن الاتيان بشهداء دليل كذبه حيث قال الله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء فاولئك
عند الله هم الكاذبون لا تقبل شهادة الاعمى مطلقا عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف فيما اذا تحملها بصيرا قال صاحب العناية شهادة الاعمى
اما ان تكون في الحدود والقصاص او لا فان كان الاول فليست بمقبولة بالاتفاق
وان كان الثاني فاما ان يكون فيما يجري فيه التسامع كالنسب والموت او لا
فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة وان كان الثاني
فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند ابي يوسف والشافعي
وان انتفى احدهما لا تقبل بالاتفاق قال سعدي افندي المراد اتفاق غير مالك
والا فعنده مقبولة قياسا على قبول روايته ثم قال صاحب العناية فالمعتبر
عند ابي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما المعتبر استمراره حتى لو عمي بعد الاداء
قبل القضاء امتنع القضاء. اما عدم القبول في الحدود والقصاص فلانها تندرئ
بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى تقام مقام المعاينة والحدود
لا تثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة فيها الى السماع
ولا خلل فيه في حق الاعمى والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع
لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي جواب اخر واما قول ابي
يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم
بالمعاينة عند التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في
قول الاعمى لان لسانه موجود فكان المقتضي لصحة التحمل والاداء موجودا والمانع وهو
عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة اي بذكر الاسم والنسب فصار كالشهادة
على الميت اذا شهد على الميت بالفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل بالاتفاق اذا ذكر
والجواب لابي حنيفة ومحمد انا لا نسلم ان القول يستبد بتحصيل الاداء بل الاداء
مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة
وفيها شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود والبصراء كثرة
وهم غنية عن شهادة الاعمى انتهى ما في العناية. يقول الفقير المؤلف ومن انه بصير
عند التحمل ولا علم للمشهود له بالغيب حتى يعرف انه سيكون اعمى عند الاحتياج الى الاداء
فكيف يقال انه يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود كثرة وبهم غنية عن شهادة
الاعمى اللهم الا ان يقال كان ينبغي للمشهود له ان يكثر الشهود عند التحمل حتى لو عمي بعضهم
يشهد من بينهم البصراء لكن فيه حرج بين تدبر. ثم اعلم ان الجواب الذي وعده صاحب
العناية بقوله وسيأتي جواب آخر ما ذكر بقوله والجواب لابي حنيفة ومحمد او نقول يكون جوابا اخر كما جوابا لابي يوسف
واما وجه قول ابي حنيفة ومحمد في منع القضاء بالعمى العارض فسيتوضح في العناية ان شئت فراجعه تركناه خوفا من الاطالة والملالة

قال

قال يعقوب باشا اعلم ان المصنف تبع صاحب الهداية ونظم كثيرا من الشهادات في سلك
واحد وقال لا تقبل ولم يبين انه لو قبلها القاضي وحكم بها هل يصح حكمه ام لا بل انه يصح
في بعضها دون بعض وانا ابين ذلك وافصله ان شاء الله تعالى فنقول شهادة الاعمى لو قبلها
القاضي وحكم بها يصح حكمه لانه مجتهد فيه حيث قال مالك بقبول شهادته كالبصير ولا تقبل
شهادة المملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية لانه قول ملزم على الغير والاصل
ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على نفسهما فعلى غيرهما اولى الا ان لا يكون الا ان تحملا
الشهادة حال الرق والصغر وادى بعد العتق والبلوغ لان التحمل بالمعاينة او
السماع وهما لا ينافيانهما وعند الاداء هما اهل الشهادة قال يعقوب باشا
لا يجوز للقاضي ان يقبل شهادة المملوك ويحكم به وان حكم لا يصح لانه ليس مجتهدا فيه انتهى
يقول الفقير ولم يتعرض لحال الصبي لعدم وجوده في الوقاية لكن صاحب الكافي
ويرد شهادة المملوك والصبي خلافا لمالك فيهما فيكونان مجتهدا فيهما تتبع. ولا
تقبل شهادة المحدود في قذف وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب لقوله تعالى
الا الذين تابوا والاستثناء متى تعقب كلمات عطف بعضها على بعض ينصرف الى
جميع ما تقدم ولان الموجب لرد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة ولنا قوله تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولان رد شهادته من تمام حده واصل الحد لا يرتفع
بالتوبة فكذا المتمم وهذا لان فيه معنى الزجر لانه مؤلم قلبه كما ان الجلد مؤلم
بدنه وقد اذاه بلسانه فعوقب باهدار منفعة لسانه بخلاف المحدود في غير القذف
لان الرد ثمة بالفسق ولم يبق بالتوبة اذ التائب عن الذنب كمن لا ذنب له وهنا الرد
للحد والاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله فاولئك هم الفاسقون.
وهو ليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت
فاجعله بمعنى الطلبي ليصح العطف كما في قوله وبالوالدين احسانا حيث اول
باحسنوا قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر احد المسندين في الاخر
وهو يلائم الاخبارية او هو استثناء منقطع بمعنى لكن لان التائبين ليسوا
من جنس الفاسقين فكان معناه لكن الذين تابوا فان الله تعالى يغفر ذنوبهم
ويرحمهم فكان كلاما مستأنفا مبتدأ به غير متعلق بما قبله كذا في الكافي وبعضه من
العناية الا ان حد كافرا ثم اسلم. فانه تقبل قال صاحب الكافي اذا حد
الكافر في قذف لم يجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد شهادته
تتميما لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها
بالاسلام غير الاولى ولم يلحقها رد وهي الشهادة على اهل الاسلام لانها لم تكن
ثابتة زمان الحد والرد فلما جازت شهادته على اهل الاسلام جازت شهادته
على الكفار ضرورة بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم عتق حيث ترد شهادته
لانه لا شهادة له في حال رقه فيتوقف الرد على حدوثها له واذا احدثت كان شهادة
بعد العتق من تمام حده ولا تقبل الشهادة لاصله وان علا وفرعه وان سفل
لقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده الحديث
ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة اليهم
وانتفاع لها فيجب ان يكون الشهادة شهادة لنفسه من وجه او ليتمكن فيها التهمة
ومالك يخالفنا فهو يجوز شهادة كل من الولد والوالد لصاحبه قياسا على شهادة
كل واحد منهما على صاحبه وعبده من كان عليه دين او لا ومكاتبه لاخر الحديث
الذي روينا لانه صلى الله عليه وسلم قال ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده والمكاتب
عبد ما بقي عليه درهم من بدل الكتابة عليه. قيل فائدة قوله صلى الله عليه وسلم ولا العبد
لسيده فان العبد لا شهادة له على احد واجيب بانه ذكره على سبيل الاستطراد

تقرير الفاضل سعدي چلبي افندي اعتمله ان يمنع ذلك والفارق بين محل
النزاع والمقيس عليه هو انه
ليس لهما احد منهما اهل الولاية
بخلاف الاعمى

فانه صلى الله عليه وسلم لما عدّ من مواضع التهمة ذكر العبد مع سيده فكأنه قال لا تقبل شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل الغرض لم يقبل في حق سيده ولا يستفاد من المحسنات البديعية المعنوية ولا تقبل من احد الزوجين للآخر والشافعي يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه لانه لا بعضية بينهما والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار والاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة فصارت كالاخوة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما لا يثاب في قبول شهادة احدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما يجد نفع صاحبه نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بمتعدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه دين وهو مفلس فانها تقبل وان كان فيه نفع لحصوله ضمنا لنا قوله عليه السلام في الحديث الذي روينا ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولان الانتفاع متصل ولهذا لو وطئ جارية امراته وقال ظننت انها تحل لي لا يحد فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما في شهادة يجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف فيما لها عادة ويعد الزوج غنيا بمال امراته بتأويل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال خديجة وبخلاف المراة فان لها حق الاخذ من ماله للنفقة اذا ظفرت والظفر ليس بموهوم لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لانا نقول الظفر امر موهوم وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان كذا في العناية وبعضه من الكافي قال صاحب البيانية فان قلت ان فاطمة رضي الله عنها ادعت بين يدي ابي بكر رضي الله عنه فشهد لها علي رضي الله عنه وامراة فقال ابو بكر ضمّي الى الرجل رجلا او الى المراة امراة فعلم بذلك ان ابا بكر اجاز شهادة احد الزوجين لصاحبه حيث امرها بالضم وعلي رضي الله عنه جوّز ذلك حيث شهد لها وفاطمة جوّزت ذلك ايضا حيث استشهدت عليا ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا والاجماع مقدم على القياس وخبر الواحد قلت الصحيح من الرواية ان ابا بكر رضي الله عنه رد دعواها فانها ادعت انه ... النبي صلى الله عليه وسلم وردّ دعواها ابو بكر وقال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة انتهى ولا تقبل شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه ولو شهد فيما ليس من شركتهما تقبل لعدم التهمة ولا شهادة المخنث الذي يفعل الرديء من الافعال كالتمكين من اللواطة واما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو مقبول الشهادة ويصح للقاضي قبول شهادة لان للقاضي ان يقبل شهادة الفاسق لكونه مجتهدا فيه كذا في حاشية يعقوب باشا وفي فوائد شمس الدين الحافظ عندنا المخنث بالفتح والكسر اوجه والفتح وهو المعروف الذي يباشر الافعال الرديئة وافعال النساء من التزيين والتشبه بهن في الفعل والقول مثل ان يلين كلامه بالاختيار تشبها بالنساء قال عليه السلام لعن الله المؤنثات من الرجال والمذكرات من النساء واما لين الكلام خلقة فتقبل شهادته انتهى في الهامش ولا النائحة والمغنية لارتكابها المحرم طمعا في المال والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذته مكسبا والتغني هو حرام في جميع الاديان خصوصا اذا كان من المراة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد هنا بقوله للناس وقيد به فيما سيأتي في الغناء الرجل والدليل النقلي على حرمتهما نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين

أي كل واحد منهما مختصة بنفسه غير متصرفة في ملك الآخر وغير متعدية اليه

قال صاحب البيانية والاصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية وروي انه عليه السلام لعن النائحة والمستمعة بيانه ان النوح لما كان منهيا وقد باشرته النائحة لم يؤمن ان تباشر شهادة الزور ايضا فلا يقبل شهادتها وذكر في الذخيرة لم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها وانما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا وفيه نظر لان النبي عليه السلام نهى عن النائحة مطلقا من غير فصل واما المغنية فانها ترتكب الحرام ايضا فلا تسمع شهادتها لانها لم تمتنع عن محظور دينها فيجوز ان لا تمتنع شهادة الزور ايضا وهي المحظور دينها والدليل عليه ما ذكر في سورة لقمن في سبب نزول قوله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل تعليم المغنيات ولا بيعهن واثمانهن حرام وفي مثل هذا نزلت وفي الاجناس قال لا تقبل شهادة اصحاب المعصية وقطاع الطريق واصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يعتاد بيع المغني والنائحة والنائح والمغني والمغنية انتهى ما في البيانية ولا تقبل شهادة العدو بسبب الدنيا على عدوه لان العداوة الدنيوية فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه قال صاحب الدرر قال صاحب المحيط لا يجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة في شيء من امور الدنيا وقال الزاهدي ما ذكر في المحيط اختيار المتأخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافه فانه اذا كان عدلا تقبل شهادته قال وهو الصحيح وعليه الاعتماد ومدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد كل ما ادمن على شرب شيء من الاشربة والمحرمة من المسكرات وغيرها مثل نبيذ التمر والتمر والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة وانما يسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك او يخرج سكران ويلعب به الصبيان اذ لا مروة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة كذا في الكافي وقيد بقوله على اللهو لانه اذا ادمن للدواء تقبل شهادته ومن يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه على نوع لعب ولان الغالب انه يقف على عورات النساء بصعود السطوح وغيرها لتطيير الطيور وذلك فسق واما اذا امسك الحمام للاستيناس بالحمام ولا يطيرها فلا تزول عدالته لان امساكها في البيوت مباح الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته ولا يعرف من حمامة نفسه فيكون آكلا للحرام او يلعب بالطنبور لانه من اللهو سواء كان يغني او لا يغني او يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب الكبيرة ولا يمتنع عن من المحرمات والكذب واذا كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا بأس به عند عامة المشايخ وهو اختيار السرخسي اختاره المصنف ولهذا قيد بقوله للناس والاصل في ذلك ما روي عن انس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من نقاد الصحابة ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهرزاده وحمل حديث البراء على انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها المواعظ والحكم واسم الغناء قد يطلق على ذلك قال صاحب العناية وانما لم يكتف عنه بذكر المغنية لانها كانت على الاطلاق وهنا يتقيد بكونه للناس فان تغنيها حرام ولو كان لنفسها بخلاف تغني الرجل فانه اذا كان للناس يكون حراما واذا كان لنفسه لا بأس لما ذكرنا او يلعب بالنرد من غير شرط القمار او تفويت الصلاة لان مجرد اللعب بالنرد مسقط للعدالة لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا او يقامر بالشطرنج او تفوته الصلوة بسبب لعب الشطرنج او يكثر الايمان الكاذبة في اثناء لعبه لان مجرد اللعب بالشطرنج بدون قمار وترك الصلوة واكثار الايمان الكاذبة ليس بفسق مانع للشهادة وان كان مكروها عندنا لان الاجتهاد فيه ساغ لكونه مباحا عند الشافعي قال سهل بن محمد الصعلوكي رئيس اصحاب الشافعي اذا سلمت من الخسران والصلاة من النسيان واللسان من الهذيان فهو ادب من الخلان

اويرتكب ما يوجب الحد من انه يشئ من الكبائر التي يتعلق بها الحد فيفسق وسقطت عدالته
لوجود تعاطيه بخلاف اعتقاده وهذا دليل قلة ديانته فلعله يجترئ على الشهادة زورًا
كذا في الكافي قال صاحب التسهيل اقول هذا مخالف لما نقلناه عنه في شرب الخمر سرًا
وهو قوله فان من شربه الخمر سرًا ولا يظهر ذلك لا يخرج من كونه عدلا وان كان
شرب الخمر كبيرة والتوفيق بينهما ان المراد بارتكاب ما يحد به ليس ارتكابه الذي
شانه ان يحد به بل ارتكاب ما يحد به بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود
عليه او ياكل الربا لان آكل الربا فاسق وشرط محمد في الاصل ان يكون آكل الربا
مشهورًا به لان التجار قلما ينجون من مباشرة العقود الفاسدة وذلك ربا فلا بد
من الاشتهار كذا في الهداية او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة حرام وذلك
يدل على عدم المبالاة ومثله لا يبالي عن شهادة الزور او يفعل ما يستخف به
كالبول والاكل على الطريق متعلق بها او يظهر سب السلف وهم
الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله عليهم اجمعين لان هذه الافعال تدل
على نقص عقله ومروته ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب وانما قال
او يظهر سب السلف لانه لو كان يخفي السب تقبل شهادته لانه يكون فاسقا مستورًا
وتقبل الشهادة لاخيه وعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لان الاملاك ومنافعها
متباينة بينهم ولا انبساط لبعضهم في مال البعض ولمحرمه رضاعا ومصاهرة كام امراته
وبنتها وزوج بنته وامراة ابيه وابنه لتميز الاملاك بينهم ايضا وتقبل شهادة
اهل الاهواء جمع هوى وهو ميلان النفس الى ما تستلذه من هوى الشيء اذا احبه
وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة واعلم ان اهل الاهواء على ما ذكر
في الكتب الكلامية اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل السنة والجماعة
وهم الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة وكل منهم اثنا عشر فرقة
فصاروا اثنين وسبعين فرقة من اراد الاطلاع على تفاصيلهم وبيان مذاهبهم فلينظر
في اخر المواقف وكتاب الملل والنحل للامام الشهرستاني فعندنا تقبل شهادتهم
وقال الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهواء لانهم فسقة اذ الفسق اعتقادا اغلظ من الفسق
تعاطيا ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب
والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على الكذب لانه انما وقع في الهوى للتدين والتعمق
في الدين الا يرى ان منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن الكذب وهذا
حنفي شرب المثلث او شافعي اكل متروك التسمية عمدا معتقدا اباحته فانه لا يصير مردود الشهادة
قال سعدي افندي عدم قبول شهادة اهل الاهواء مذهب مالك واصحاب الشافعي
واما الشافعي فكقولنا الا الخطابية منهم قيل هم قوم من غلاة الروافض ينسبون
الى ابي الخطاب وهو رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر
وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل هم قوم منهم يعتقدون ان من ادعى شيئا على غيره يجب
ان يشهد له بقية شيعته بذلك سواء كان عالما او غير عالم وقال شمس الائمة في تفسيرهم
هم قوم يجوزون اداء الشهادة اذا حلف المدعي عندهم انه محق في دعواه ويقولون
المسلم لا يحلف كاذبا وانما لا تقبل شهادتهم لانهم كاذبون ان كانوا كما قيل اولا
ولتمكن الشبهة ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا وتقبل شهادة الذمي على مثله وان اختلفا
ملة كاليهود مع النصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت والا فلا لقوله
عليه السلام لا شهادة لاهل ملة لاهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم معتبرة على اهل الملل
كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد الولاية دون
الموالاة فانه معطوف على قوله ما لكم من ولايتهم من شيء في العطف قرينة يراعى بها تناسب المعطوفات
كذا في العناية قال سعدي افندي اقوال الخصم ان يقول التوالي في النظم لا يوجب القران في الحكم وقد ورد دفع عدم القبول

مطلب يمنع الشهادة

رافضى يعلم الكلية [illegible] سلطانا

ثم لو صح ما ذكر لجاز شهادة المستامن على الذمي وشهادة مستامن من دار على مستامن من دار
اخرى انتهى وقال مالك والشافعي لا تقبل شهادة الذمي على مثله لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الظالمون والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا
وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد بجنسه وبخلاف جنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وابو موسى رضي الله عنهما
ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله اهلية الشهادة
على جنسه كالمسلمين هنا اسئلة واجوبة في العناية ان شئت فراجعه وتقبل شهادة
الذمي على المستامن كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي لان الذمي اعلا حالا منه لكونه من
دارنا ولهذا يقتل المسلم بالذمي ولا يقتل بالمستامن دون عكسه الا لا تقبل شهادة المستامن
على الذمي لقصور ولايته عليه لكونه ادنى حالا منه وتقبل شهادة المستامن على مثله ان كانا
من دار واحدة وان كانا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع
باختلاف المنعة والشهادة مبنية عليها ولهذا لا يجري التوارث بينهما بخلاف دار الاسلام
فانها دار احكام فباختلاف المنعة لا يختلف الدار واما دار الحرب فليست بدار احكام
فباختلاف المنعة لا يختلف الدار فان قيل الذمي مع المستامن مختلفا دارا وقد قبلت
شهادة الذمي على المستامن قلنا الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم
على المستامن فكذا شهادة الذمي على المستامن وتقبل شهادة عدو بسبب الدين على عدوه
لان العداوة الدينية تدل على قوة دينه وعدالته بخلاف العداوة الدنيوية على ما ذكر
وتقبل شهادة من الم بصغيرة ان ارتكب صغيرة بلا اصرار عليها ان اجتنب الكبائر وغلب
صوابه على خطائه لان الالمام بالصغيرة لا يقدح العدالة المشروطة لانا لو شرطنا العصمة
عن الكل لتعطلت الحقوق قال بعضهم ان تغفر اللهم تغفر جما واي عبد لك لا الما
والاقوال في الكبائر كثيرة والاصح ان ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله
تعالى والدين فهو كبيرة والا فهو صغيرة كذا في الكافي وقال صاحب البناية واحسن ما
قيل في هذا الباب ما روي عن ابي يوسف انه سئل عن العدل في الشهادة فقال ان يكون
مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر او يكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه
اكثر من خطائه وان يستعمل الصدق ويجتنب عن الكذب وهو الذي ذكره صحيح
لان احدا لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر والصغائر الا الانبياء صلوات
الله عليهم اجمعين فلو اشترط الاجتناب عن جميع ذلك في العدالة لانسد باب الشهادة
وهو منفتح بالاية لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله ممن ترضون من الشهداء
فلما كان كذلك اعتبر الغالب فمن غلبت حسناته سيئاته قبلت شهادته اذا كان يجتنب
الكبائر وان كان على العكس فلا قال صاحب الاختيار ولا بد ان يكون صلاحه اكثر
من فساده وان يكون معتادا للصدق ومجتنبا عن الكذب صحيح المعاملة في الدينار
والدرهم مؤديا للامانة قليل اللهو والهذيان قال عمر رضي الله عنه لا يغرنكم
طنطنة الرجل في صلوته انظروا الى حاله عند درهمه وديناره انتهى وقال صاحب البناية
ايضا اذا ترك الرجل الجماعة استخفافا او مجانة لم يقبل شهادته ولم يرد بالاستخفاف
الاستهزاء لان الاستهزاء بشيء من الشرائع كفر وانما اريد به التواني والتكاسل
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من رغب عن سنتي فليس مني وكذا اذا ترك الجمعة
من غير عذر يسقط عدالته واختار السرخسي الترك ثلاثا واختار الحلواني الترك مرة
فانه قال الترك الواحد يكفي لسقوط العدالة انتهى ما في البناية وتقبل شهادة الاقلف
اذا كان عدلا لاطلاق النصوص بلا تقييد بالختان ويجوز صلاته وامامته وذكر في البحر
قال عليه السلام الختان للرجل سنة وللنساء مكرمة فتركه لا يمنع قبول الشهادة لان الكبير
قد يخاف التلف على نفسه من الختان فيعذر في تركه وان كان لا يخاف وتركه تهاونا بالسنة فانه يصير فاسقا فلا يجوز

شهادته

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال لا تقبل شهادة الاقلف ولا تقبل صلوته
ولا تؤكل ذبيحته قال ابو النصر البغدادي اغنانا اثر ابن عباس المجيء كما في البناية
قال صاحب العناية الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا
اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى عدلا بل لا يبقى مسلما واما لا يفيد وقتا
معينا اذ المقادير لا تعرف الا بالشرع ولم يرد بذلك كتاب ولا سنة ولا اجماع
والمتاخرون بعضهم قدره من سبع سنين الى عشر سنين وبعضهم اليوم السابع
او بعده الى ان يحتلم ولا يهلك به لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم
السابع او بعد السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو من نزع خصيته
لما روي ان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة وهو خصي ولان قبول الشهادة يعتمد العدالة
والخصا لا يقدح العدالة لانه ليس الا قطع العضو منه وقطع سائر الاعضاء لا يوجب
سقوط العدالة فكذا هنا وتقبل شهادة ولد الزنا اذا كان عدلا لان فسق
ابويه ليس كفرهما وكفرهما لا يمنع قبول شهادة الولد اذا كان الولد عدلا
ففسقهما اولى ان لا يمنع عليه قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وهو لا يجعل
زانيا بزنا ابويه ولا يؤاخذ بفعلهما فلا يكون فعلهما مانعا من قبول شهادته وقال
مالك لا تقبل شهادة ولد الزنا في الزنا وتقبل في سائر الحقوق لمكان التهمة فانه يريد
ان يكون غيره مثله قلنا الكلام في العدل ومحمد ذكر في العدل يعني ليس بقادح
لانه غير مؤاخذ بما لم يحدث به سلمنا ذلك لكن لا نسلم ان العدل يحب ان يكون غيره مثله
وتقبل شهادة الخنثى لانه اما رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص
قال الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
ثم انه ان لم يكن مشكلا فلا اشكال في الشهادة وان كان مشكلا فيجعل امرأة في حق الشهادة
احتياطا حتى لا يجوز شهادته مع ما لم ينضم اليه امرأة ولا مع النساء بل رجل معهن
قال صاحب العناية وينبغي ان لا يقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال انه انثى
وتقبل شهادة العمال والمراد عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة
كالخراج ونحوه عند الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق فان بعض اجلاء الصحابة كانوا عمالا
ولا يظن بهم تعلقا بما يقدح في العدالة قالوا هذا في عصرهم لان الغالب عليهم الصلاح
واما الذين في زماننا فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم والحاصل انهم ان كانوا عدولا
تقبل شهادتهم والا فلا وذكر شمس الائمة السرخسي ان العامل اذا كان وجيها
في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب
حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على اداء الشهادة زورا واما اذا كان ساقط
المنزلة عند الناس او مجازفا في كلامه لا تقبل شهادته وقيل المراد بالعمال الذين يعملون
بايديهم ويؤجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه
ردا لقولهم لان كسبهم اطيب الاكتساب قال عليه السلام افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده
فانى يوجب جرحا وقيل المراد بالعمال الامراء كذا في الكافي وفي العناية قال الفقيه ابو
الليث ان كان العامل مثل عمر بن عبد العزيز او نحوه تجوز شهادته وان مثل يزيد بن معاوية لا تقبل شهادته
وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال سبعة يظلهم الله يوم لا ظل الا ظله وعد السبعة وذكر فيهم الامام العادل
وتقبل شهادة المعتق بفتح التاء لمعتقه لما روي ان الحسن شهد لعلي رضي الله عنه مع قنبر مولى علي
عند شريح فقال شريح ائت بشاهد اخر فقال علي مكان الحسن اخر مكان قنبر
بل مكان الحسن كذا في الكافي يقول الفقير رواية الكافي هذه اعجب من العجب
لان عدم معرفة المعتق العلم بعدم جواز شهادة الابن لابيه وجواز شهادة
المعتق لمعتقه ابعد وروى غيره ان قنبرا شهد عند شريح فقبل شهادته
وهو كان عتيق علي كرم الله وجهه وهذه الرواية اسلم

والمعتبر حال الشهود وقت الاداء لا التحمل لان العمل بها والالزام حالة الاداء فيعتبر
الاهلية والولاية عنده وعن هذا قال ابو يوسف ومحمد اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم اداها
وهو اعمى لا تقبل على ما سبق في اول الباب لان المعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا وقت التحمل
ولو شهد ابنا الميت ان اباهما اوصى الى زيد اي جعله وصيا وزيد يدعي الايصاء
قبلت شهادتهما يعني ادعى زيد ان فلانا اوصى اليه وشهد بذلك ابنا فلان قبلت شهادتهما
والقياس ان لا تقبل لانهما يجران لانفسهما مغنما لانهما قصدا بشهادتهما نصب من يتصرف
ويقوم باحياء حقوقهما لكن تقبل استحسانا لان القاضي يملك نصب الوصي اذا كان
الوصي طالبا ابتداء فيثبت بشهادتهما ولان زيدا اذا لم يطلبه فليس للقاضي ولاية نصبه جبرا
قال سعدي افندي اقول والمراد من قول صاحب الهداية والوصي يدعي الوصي يرضى هكذا
ينبغي للبال ثم رايت في شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الاسود ما نصه والمراد به الذي
والوصي يدعي هو الرضاء اذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضي ان ينصب وصيا
اذا رضي هو به انتهى يقول الفقير الظاهر ان ارادة الرضا من الدعوى بطريق ذكر
الملزوم وارادة اللازم لان الدعوى يلزمها الرضا انتهى ولو شهدا ان اباهما
الغائب وكل زيدا بقبض ديونه مثلا لا تقبل شهادتهما وان ادعى زيد لانه
ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبتت هذه الولاية لثبتت بشهادتهما
وتمكنت التهمة في شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما ولانهما يحتمل انهما تواضعا مع من عيناه
للوكالة على اخذ المال ولو شهد دائنا ميت او شهد غريمان لهما على الميت دين انه
اي الميت اوصى الى زيد اي جعله وصيا وهو اي زيد يدعي الايصاء اليه قبلت شهادتهما
والقياس ان لا تقبل ايضا لانهما بشهادتهما يجران الى انفسهما مغنما لانهما قصدا نصب
من يستوفيان منه حقهما لكن تقبل استحسانا ووجه الاستحسان ما ذكرنا في شهادة ابني
الميت وكذا لو شهد مديوناه يعني لو شهدا ان الميت اوصى الى زيد وهو يدعيه
القياس ان لا تقبل ايضا لانهما بشهادتهما يجران الى انفسهما مغنما لانهما يقصدان
نصب من يبرآن بالدفع اليه لكن تقبل استحسانا لما ذكرناه ايضا او شهد وصياه
بان الميت قد اوصى الى زيد وهو يدعيه والقياس ان لا تقبل ايضا لانهما يجران الى
نفسهما مغنما لانهما يقصدان نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت لكن تقبل
استحسانا لما ذكرنا ايضا فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج
الى نصب وصي اخر عن الميت قلنا انما اخبر الوصيان ان معهما ثالثا فيملك القاضي
نصب ثالث معهما لعجزهما عن العمل باموال الميت باقرارهما بخلاف ما اذا كان
الوصي جاحدا في جميع هذه الصور لانه ليس للقاضي اجبار احد على قبول الوصاية
ولا تقبل الشهادة على جرح مجرد وهو اي الجرح المجرد ما يفسق به الشاهد من غير ايجاب حق
للشرع او للعبد نحو ان يشهدوا انه فاسق او اكل ربوا او انه استاجرهم والجرح اما ان
يكون مجردا او غيره لانه لا يخلو اما ان يكون مما يدخل تحت الحكم او لا والثاني هو المجرد
والمفرد والاول يسميه بعضهم مركبا فان شهد شهود المدعى عليه على الخصم بشيء واقام البينة
على الجرح المجرد مثل انهم فسقة او زناة او اكلوا الربا فالقاضي لا يسمعها لان الفسق
مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك
الستر وهو اظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتكه واجب الستر
وتعاطيه اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم وكذا اذا شهدوا بان المدعي استأجر الشهود
لم يسمعها القاضي لانه جرح مجرد وهو لا يستجار اليه ليس بخارج له عن ذلك لانه من حقوق العباد
فيحتاج الى الخصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا
وتقبل الشهادة على اقرار شهود المدعي بفسقهم اي بفسق شهوده لان الاقرار مما يدخل
تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي

وتقبل الشهادة على انهم اى شهود المدعى عبيد او محدودون فى قذف او شاربو خمر
اوقذفة او سراق ولم يتقادم العهد بان لا يزول الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى
لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق لان الشهادة بحد متقادم مردودة
وانما قلت فى هذه الصورة لان ذلك مما يدخل تحت الحكم لانه يتضمن حق الشرع وهو
الحد او حق العبد اما كون الشاهد عبدا فانه يثبت الرق وهو ضعف حكمى يظهر
اثره فى سلب الولاية وهو حق الله تعالى واما كونه محدودا فى قذف فلانه يتعلق به حكم
وهو اكمال الحد به شهادته وهو حق الله تعالى وكذا حد الشرب والقذف والسرقة كلها
حق الله تعالى او شركاء المدعى لان اثبات الشركة من قبيل الدفع بالتهمة
كما اذا اقام البينة ان الشاهدين ابن المدعى او ابوه او شهدوا انه ان المدعى استاجرهم
اى الشهادة بكذا واعطاهم ذلك من ماله الذى كان عنده لانه خصم فى ذلك فكان جرحا
مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه ، وفى بعض النسخ مالى عنده اى
من الشيء الذى كان عنده فيكون ما موصولة او اقامها على انه صالحهم اى شهود المدعى
بكذا من المال ودفعه اى المال اليهم على ان لا يشهدوا على بهتانا فشهدوا فعليهم ان يردوا
المال عليّ لان فيه ضرورة ليصل الى ماله حتى لو لم اعطهم المال لم تقبل لان فيه اظهار
الفاحشة بلا ضرورة ومن شهد ولم يبرح اى لم يزل عن مكانه حتى قال اوهمت بعض
شهادتى قبل ان كان عدلا قال فخر الاسلام اى اخطات بنسيان ما يحق على ذكره او
بزيادة كانت باطلة يعنى تركت ما يجب على او اثبتت ما لا يجب ذلك فاما ان يقول
ذلك وهو فى مجلس القاضى او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه ، وعلى كل من التقديرين
اما ان يكون عدلا او غيره فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا سواء قال فى المجلس
وان كان عدلا فان لم يبرح حتى قال تقبل وان برح ثم قال لا تقبل وانما قبلت اذا كان فى المجلس
لانه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القضاء فتقبل اذا تداركه فى اوانه ، وهو قبل البراح من
واما اذا قال بعد ما قام من المجلس فلا تقبل لانه يوهم الزيادة من المدعى باطماع
الشاهد بحطام الدنيا ويوهم النقصان من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط كما فى العناية

باب الاختلاف
فى الشهادة

تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقهما مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق اصلا
والاختلاف انما هو بعارض الجهل والكذب فأخره وضعا للتناسب
شرط موافقة الشهادة الدعوى لان الاصل ان البينة على حقوق العباد لا تقبل
بدون الدعوى من مدع لان حقوق الانسان تتوقف على مطالبته او مطالبة من يقوم
بخلاف حق الله تعالى حيث لا يشترط فيها الدعوى لان اقامتها حقه وواجبة على كل احد
فكل احد خصم فى اثباتها فصارت الدعوى موجودة وايضا الاصل ان الاتفاق
شرط بين الدعوى والشهادة لوجود الدعوى فيما يوافقها وعدمها فيما يخالفها
واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب وانما عدمها عند
المخالفة فلان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصارا وجودها
وعدمها سواء وهنا بحث وجه ذكر العناية مع جوابه كل منهما ان شئت فراجعه
ثم انهم قالوا المطابقة بين الدعوى والشهادة ينبغى ان يكون فى المعنى فقط ولا عبرة
فى اللفظ بخلافه بين الشاهدين وسيأتى عن قريب انشاء الله تعالى ثم ذكر تفريع كون
موافقة الشهادة للدعوى شرطا بقوله فلو ادعى دارا شراء او ارثا وشهدا اى الشاهدان
بملك مطلق ردت شهادتهما لانهما شهدا باكثر مما ادعى فبطل لما ثبت له الملك المطلق ازيد
من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب وفى عكسه اى ادعى دارا ملكا مطلقا وشهدا
بملك بسبب كالشراء او الارث تقبل لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة للمطابقة معنى

وكذا شرط اتفاق الشاهدين وفى بعض النسخ اتفاق الشهادتين وهو انهما واحد
لفظا ومعنى لان القضاء انما يجوز بحجة وهى شهادة المثنى فما لم يتفقا لم
تتم الحجة ولا يثبت الحجة قال صاحب العناية الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط
قبول الشهادة كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة ولكنهم اختلفوا فى انها شرط
من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة واما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها
بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد
احدهما بالهبة والاخر بالعطية فهى مقبولة واما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلوله
البعض بالتضمن فنفاه ابو حنيفة وجوزاه ، ثم ذكر تفريعه بقوله فلا تقبل الشهادة
لو شهد احدهما بالف او مائة او طلقة وشهد الاخر بالفين ومائتين وطليقتين
او ثلاث عنده اى ابى حنيفة ولا يخفى ما فيه من صنعة اللف والنشر المرتب ، وما فى ايراد
النشر بالواو ثم عدوله الى او فى قوله او ثلاث من النكتة الجليلة تدبر ،
وعندهما تقبل على الاقل اذا كان المدعى يدعى الاكثر ، لابى حنيفة انهما اختلفا لفظا
لان احدهما مفرد والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعانى
الدالة هى عليها بالضرورة فان الالف لا يعبر عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا وكذا
الالفان لا يعبر بهما عن الالف كذلك فكان كل منهما كلاما مباينا لكلام اخر
وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما فصار كما اختلفا جنسا
كما اختلفا فى جنس المال كما شهد احدهما بكر حنطة والاخر بكر شعير ، ولهما
انهما اتفقا على الالف والمائة والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك
يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا ومائة وشهد احدهما
بالف والاخر بالف ومائة على ما سيجيء عن قريب انشاء الله تعالى لكن الشرط
ان يدعى المدعى الاكثر لانه اذا ادعى الاقل فقد كذب شهادته فى الزيادة بخلاف دعوى
الاكثر لانه يدعى ما شهد صاحب الاقل وزيادة فلا يكون مكذبا ولو شهد احدهما
بالف والاخر بالف ومائة والمدعى يدعى الاكثر اى الفا ومائة قبلت شهادتهما
على الالف اتفاقا لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى فثبت ما اتفقا
عليه وهذا لان ذكر المائة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فكانا
كلمتين والالف كلمة واحدة وكذا المائة ومائة وعشرة يعنى لو شهد احدهما بمائة
والاخر بمائة وعشرة والمدعى يدعى الاكثر قبلت على مائة اتفاقا وكذا طلقة وطلقة ونصف
يعنى لو شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف تقبل اتفاقا على طلقة بخلاف
ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فصار نظيرهما
كالالف والالفين وان قال المدعى فى الصورة الاولى لم يكن لى الا الالف وفى
الصورة الثانية لم يكن لى الا المائة فشهادة الذى شهد بالالف ومائة و
شهادة الذى شهد بمائة وعشرة باطلة لان المدعى كذبه فى الزيادة فلم يبق
الا شاهد واحد وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد
من التوفيق ولم يوجد حتى لو وفق وقال كان اصل حقى الفا ومائة كما شهد به التكذيب
الشاهد ولكن استوفيت المائة او ابرأته عنها ولا يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب
بالتوفيق كذا فى الكافى ، يقول الفقير فى الصورة الاخيرة وهى شهادة احدهما بطلقة
والاخر بطلقة ونصف بحث يعلم جوابه بالتأمل ولو شهدا بالف وبرهن المدعى على قال احدهما
ان احد الشاهدين قضى منها كذا اى خمسمائة مثلا قبلت شهادتهما على الالف لاتفاقهما عليه
لا على القضاء ما لم يشهد به احد لانه شهادة فرد وعن ابى يوسف انه يقضى بخمسمائة لان
مضمون شهادة شاهد القضاء ان لا دين الا خمسمائة ، وينبغى لمن علم القضاء
ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعى به لئلا يكون اعانة على الظلم ، وينظرها الحق

بنين

مطلب

ولو شهدا بقتل زيد يوم النحر بمكة وشهد اخران بقتله اياه فيه اي في يوم النحر
بكوفة ردتا لان احديهما كاذبة بيقين اذ الروح الواحد اعني القتل لا يمكن ان
يكون في مكانين وليست احديهما اولى من الاخرى فان قضى باحديهما اي باحدى الشهادتين
اولا بطلت الشهادة الاخيرة لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بما
ليست مثلها ولان القضاء الاول قضاء ببطلان الثاني ضمنا لانه لما قضى بانه قتله
بمكة فقد قضى بانه لم يقتل في غير مكة اذ قتل شخص واحد لا يكون في موضعين
ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا اي الشاهدان في لونها قطع عند ابي ح
وان اختلفا في الذكورة والانوثة بان قال احدهما بقرة والاخر ثور لا يقطع
وعندهما لا تقطع فيهما اي فيما اختلفا في لونها وفيما اختلفا في الذكورة والانوثة
قيل الخلاف في لونين متشابهين كالسواد والحمرة والصفرة لا في لونين غير متشابهين
كالبياض مع السواد والصحيح ان الخلاف في جميع الالوان لهما انهما اختلفا في
المشهود به لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء وسرقة الذكر غير سرقة الانثى
فيمتنع به القبول وله انهما اختلفا فيما ليس من صلب الشهادة والتوفيق ممكن
لان التحمل في الليالي بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان
كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون بلقاء احد جانبيها اسود واحد الشاهدين
يبصره والجانب الاخر ابيض والشاهد الاخر يبصر هذه واذا كان التوفيق ممكنا
وجب القبول كما اذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد بخلاف في الذكورة والانوثة
لانهما لا يجتمعان في دابة واحدة والقيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا
في صلب الشهادة قال صاحب الكافي فان قيل الاشتغال بالتوفيق بين كلامي
الشاهدين احتيال لايجاب الحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة حجة
الشرع والاصل في حجج الشرع قبولها لا ردها فنشتغل بالتوفيق صيانة للحجج
عن التعطيل لا لايجاب الحد ثم اذا وفقنا وقبلنا الشهادة يجب الحد
ضرورة لا قصدا به انتهى وفي الغصب يعني لو شهدا بغصب بقرة واختلفا في لونها
لا تقبل اتفاقا لان الغصب يقع في النهار جهارا غالبا فيتمكن الشاهدان
ان يتأملا في جميع الوان المغصوب ولو شهد واحد بالشراء او الكتابة بالف
متعلق بهما وشهد الاخر بالشراء او الكتابة بالف ومائة ردت اما في الشراء
فلانهما لم يتفقا على عقد واحد لان الشراء بالف غير الشراء بالف ومائة
والمقصود اثبات السبب وهو العقد واذا اختلف المشهود به تعذر الحكم
لقصور الحجة عن كمال العدد على ما يدعيه المدعي ولا فرق فيها بين ان يدعي المدعي
اقل المالين او اكثرهما وكذا اذا كانت الدعوى في الكتابة لان المقصود
هو العقد ولم يتفقا على عقد واحد لان الكتابة بالف غير الكتابة بالف ومائة
اما اذا كان يدعيها العبد فظاهر في كون العقد مقصودا واما اذا كان
يدعيها المولى فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب
وهو العقد وكذا العتق على مال والصلح عن قود والرهن والخلع ان ادعى العبد
في الصورة الاولى والقاتل في الصورة الثانية والراهن في الصورة الثالثة
والمرأة في الصورة الرابعة يعني اذا شهد احدهما بانه اعتقه على الف وشهد الاخر
بالف ومائة ردت على ان ادعى العبد وكذا اذا شهد احدهما ان ولي القصاص
صالحه على الف ومائة وشهد الاخر انه صالحه على الف ردت ان ادعى القاتل وكذا اذا
شهد احدهما ان الراهن رهن بالف والاخر انه رهن بالف ومائة ردت ان ادعى الراهن
وكذا ان شهد احدهما انه خالعها على الف والاخر انه خالعها على الف ومائة ردت ان ادعت المرأة
لان هؤلاء لا يقصدون اثبات المال بل اثبات العقد وهو مختلف لما عرفت ان هنا عقدين

قوله بيتا اشتبه الباقي كالحمرة والصفرة

وان

وان ادعى الاخر يعني ان ادعى مولى العبد وولي القصاص والمرتهن والزوج
بان يدعي مولى العبد اني اعتقتك على الف ومائة وقال العبد على الف او ادعى
ولي القصاص صالحتك على الف ومائة وقال القاتل على الف وكذا الباقيات
كان كدعوى الدين فيما ذكر من الوجوه من انها تقبل على الالف اذا ادعى الالف
ومائة بالاتفاق واذا ادعى الالف لا تقبل عنده خلافا لهما وان ادعى اقل المالين
يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنها لانه ثبت العفو
والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين والمدعي في الرهن
اذا كان المرتهن كان دعواه في الدين بلا خفاء لان الرهن لا يكون الا بدين
الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف
ضمنا وتبعا للدين وهنا سؤال وجواب في العناية ان شئت فراجعه وكذا هنا
سؤال في صدر الشريعة وجواب في الدرر ان شئت فراجعها والاجارة كالبيع
عند اول المدة وكالدين بعدها اي بعد المدة يعني ان في الاجارة
لا يخلو اما ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل شهادتهما
كما في البيع لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان
فاما ان يكون المدعي هو الاجر والمستأجر فان كان الاجر فهو كدعوى الدين
يقضى باقل المالين اذا ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة
في وجوب الاجر فصار كمن ادعى على اخر الفا ومائة وشهد احدهما بالف والاخر
بالف ومائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل
عند ابي ح خلافا لهما كما تقدم وان كان المدعي المستأجر كان ذلك اعترافا منه
بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما
وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالاقل فالاجر لا ياخذه ببينة سوى ذلك
كذا في العناية نقلا عن النهاية وفي النكاح تقبل الشهادة بالالف استحسانا
يعني اذا اختلف الشاهدان في النكاح فشهد احدهما بالف ومائة والاخر بالف
قبلت بالف عند ابي ح استحسانا ولا فرق فيه بين دعوى الاقل والاكثر
وبين كون الدعوى من الزوج او من المرأة وقالا ردت الشهادة في النكاح
ايضا كما في البيع قال صاحب العناية ذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول محمد
لهما ان هذا اختلاف في السبب لان المقصود هو العقد والاختلاف في السبب
يمنع قبول الشهادة لان النكاح بالف غير النكاح بالف ومائة فبطلت الشهادة
كما في البيع وله ان المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية المهر
ومن حكم التابع انه لا يغير الاصل الا يرى انه لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده
فكذا لا يختلف باختلافه اذا اتفقا على ما هو الاصل وهو الملك والحل فوجب
القضاء به واذا وجب يعني المهر بالا منفردا فوجب القضاء باقل المقدارين
كما في المال المنفرد وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية فان كان
المدعي هو الزوج لا تقبل اجماعا لان غرضها قد يكون المال واما الزوج فلا يقصد
الا العقد والاصح ان الخلاف في الفصلين ولا بد من الجر في شهادة الارث
بان يقول الشاهدان مات المورث وتركه ميراثا للمدعي او مات وهذا ملكه او في يده
خلافا لابي يوسف اعلم انهم اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الى الجر
وهو ان يقول ما ذكر في المتن او كان من قوله مات وتركه ميراثا للمدعي قال ابو ح ومحمد لا بد
خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة
ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث حتى اذا قال الشهود
كان هذا للمورث هذا المدعي يقضى للوارث ولا يحتاج الى الجر وهما يقولان ملك الوارث متجدد في العين

الراهن والمرأة صح

الثاني

خ

ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على
الوارث الفقير والمتجدد يحتاج الى الجر والنقل لئلا يكون استصحاب الحال شيئا
لكن الجر ليس بمخصوص على ان يقول مات وتركه ميراثا له بل يكتفي بالشهادة على قيام
ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا الشهادة على قيام يده
لان الايدي تنقلب يد ملك عند الموت لانها لا تخلو اما ان يكون يد ملك او غصب
او امانة فان كانت يد ملك فظاهر وان كانت يد غصب تصير يد ملك لان بالموت
يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فتصير يد غصب بالتجهيل
فصارت يد ملك ايضا فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت والملك ثابت
عند الموت بينة مثلها الوارث ضرورة فان قال الشاهد كان هذا الشيء لابي المدعي
اعاره من ذي اليد او اودعه اياه قبلت الشهادة بلا جر يعني اذا مات
رجل فاقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي
هي في يده فانه يأخذها منه ولا يكلف البينة على انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق
اما عند ابي يوسف فلانه لا يوجب الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام
اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجد لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع
وان شهدا ان هذا الشيء كان في يد المدعي منذ كذا ردت هذه الشهادة عند ابي ح
ومحمد لان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي انواع ملك وضمان
وامانة فتعذر القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم وتقبل عند ابي يوسف
لان اليد مقصودة كالملك وان شهدا انه كان ملكه قبلت لانه معلوم
ولو اقر المدعى عليه انه كان في يد المدعي امر بالدفع اليه لان الجهالة في المقر به
لا تمنع صحة الاقرار وكذا يدفع اليه لو شهد اباقراره اي باقرار المدعى عليه
بذلك اي بانه كان في يد المدعي لان المشهود به وهو الاقرار معلوم والجهالة في المقر به وذلك
لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه بشيء
جازت الشهادة ويجبر بالبيان كذا في البيانية هـ

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير في الذكر وجوازها استحسان
والقياس لا يقتضي جوازها لان اداءها عبادة بدنية لزمت الاصل لاحق للمشهود له
لعدم الاجبار على الشهادة والانابة لا تجري في العبادات البدنية استحسنوا جوازها
في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها
لموت او سفر او نحو ذلك فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق وكما تجوز في درجة
تجوز في درجات حتى تجوز الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم صيانة للحقوق عن الضياع
الا ان فيها شبهة من حيث البدلية فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
كشهادة الرجال مع النساء بل اولى لان شهادة الرجال مع النساء في صورة الخلف
وليست بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة امرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين
وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة الاصول
وعن هذا قال تقبل الشهادة على الشهادة في غير حد وقود وان تكررت مرتين او مرات
وشرط لها تعذر حضور الاصل بموت او مرض له يمنعه منه بحيث لا يستطيع
حضور مجلس حاكم او سفر مدة لان جوازها للحاجة على ما ذكرنا وانما تمس عند العجز
وبهذه الاشياء يتحقق العجز بلا مرية وعن ابي يوسف ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يقدر ان يبيت باهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق
وبه اخذ الفقيه ابو الليث وشرط ان يشهد عن كل اصل اثنان فلا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين

لا يشترط

لا يشترط تغاير فرعي الشاهدين يعني لا يشترط ان يكون لكل شاهد شاهدان
متغايران بل يكفي شهادة شاهدين عن كل اصل وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد
على شهادة كل منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فتكون اربعة عن كل اصل
اثنان لان الفرعين قائمان مقام اصل واحد فلا تتم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا
مقام رجل واحد لم تتم الحجة بهما ولنا قول علي كرم الله وجهه على ما روي حيث ذكره مطلقا
ولم يرو عن غيره خلافه فحل محل الاجماع وصفتها ان يقول الشاهد الاصل
مخاطبا للفرع اشهد على شهادتي بكذا اي بان فلان بن فلان اقر عندي بكذا
مثلا لان الفرع نائب فلا بد من تحميل الشهادة فهنا وجد التحميل والاقرار
ويقول الفرع عند الاداء اشهد على صيغة المتكلم ان فلانا اشهدني بلفظ الافتعال
على شهادته بكذا وقال لي اشهد امر من الثلاثي على شهادتي به لانه لا بد من
شهادة الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل وهو اوسط العبارات كذا في العناية
قال سعدي افندي يكفي في ذكر التحميل اشهدني على شهادته او اشهد على شهادتي
فاحدهما مغن عن الآخر فينبغي ان يكتفي بثلاث شينات ثم ق لصاحب العناية وشهادة
الفرع عند الاداء لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا
شهد عندي ان لفلان كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته
وانا اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور اولا خمس شينات
واخصر منها وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه
شينان ولا يحتاج الى زيادة شيء اخر وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر
وكذا ذكر محمد في السير الكبير ويصح تعديل الفرع اصله لانه ان كان عدلا صلح المزكي
والا لم يصلح للشهادة لا يقال هو متهم لان شهادته لا تنفذ الا بتعديله
لانا نقول العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير
مقبول القول ويصح احد الشاهدين الآخر لما ذكر انه كان عدلا لا يتهم
فان سكت الفرع اي عن تعديل الاصل جاز ونظر في حاله عند ابي يوسف
يعني اذا سكت الفرع عن تعديل الاصل جاز ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بالسؤال
من المزكين عن الفرع عند ابي يوسف فاذا ثبت عدالتهم يقبل شهادة الفرع وقال محمد
ترد شهادته اي شهادة الفرع اذا سكت عن تعديل الاصل اذ لا شهادة الا بالعدالة
فاذا لم يعرف الفرع عدالة الاصل لم تقبل شهادة الاصل فلا تقبل شهادة الفرع على
الاصل بل يشترط ان يثبت ذلك عند القاضي فاذا ثبت عنده تقبل والا فلا قال
صاحب البيانية هكذا ذكر الخلاف واليه ذهب صاحب الهداية وذكر السرخسي
انه خلاف محمد على خلاف هذا وقال اذا قال الفرع للقاضي لا نخبرك بشيء لم يقبل شهادتهم
في ظاهر الرواية لان هذا يكون جرحا الى شهادة الاصول الا يرى ان الفروع
لو قالوا نتهم الاصول في هذه الشهادة لا يكون شهادتهم حجة فكذا اذا قالوا
لا نخبرك بشيء يكون جرحا ثم قال وروي عن محمد انه قال لا يكون جرحا لان هذا يحتمل
ان يكون توقفا في حالهما فلا يثبت الجرح بالشك والصحيح ان القاضي يقبل
شهادتهم ويتعرف عن الاصول مستورين انتهى ما في البيانية وقال قاضيخان
في فتاواه وان عرف الفروع بالعدالة ولم يعرف الاصول ذكر الخصاف ان القاضي
يسأل الفروع عن الاصول ولا يقضي قبل السؤال فان عدلوا الاصول ثبت عدالة
الاصول بشهادتهم في ظاهر الرواية وعن محمد انه لا يثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع
والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان للقاضي لا نخبرك بشيء لا يقبل
القاضي شهادتهما فان قال المدعي انا اثبت عدالة الاصول او قال
الفرعان سل انت عن عدالتهما على قول محمد لا يلتفت اليهما ولا يقضي بشهادتهما

وعن ابي يوسف اذا قال الفرعان لا نخبرك فان القاضي يسأل غير الفرعين او الاصول
ولو قال الفرعان لا نعرف الاصل عدلا ام لا قال شيخ الاسلام القاضي ابو الحسن علي
السغدي هنا وقول الفروع لا نخبرك سواء وقال الحلواني اذا قال الفرعان
لا نعرف الاصل اعدلا ام لا لا يرد القاضي شهادتهما ويسأل عن الاصول غيرهما وهو
الصحيح لان الشاهد الاصل بقي مستورا ولو قال الفرع للقاضي انا نتهمه في الشهادة
لا يقبل القاضي شهادة الفرع على شهادة انتهى وتبطل شهادة الفرع بانكار
الاصل الشهادة قال صاحب الكافي معنى المسألة انهم قالوا ما لنا شهادة
على هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم جاء الفروع ليشهدون على شهادتهم بهذه
الحادثة واما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا وهذا
لان التحميل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين وقال الزيلعي معناها اذا قال
شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا
عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين الخبرين
انتهى قال سعدي افندي فظهر مما ذكره الزيلعي وما في الكافي ان الحكم واحد
سواء انكر الاصول شهادتهم بنفس الحادثة او انكروا اشهادهم الفروع على شهادتهم
انتهى يقول الفقير يعني انه اذا شهد الفروع وقضى بشهادتهم القاضي ثم جاء
الاصول وقالوا ما لنا شهادة في هذه الحادثة او لم نشهدهم على شهادتنا
هل يبطل حكم القاضي ام لا قال يعقوب باشا في حواشيه على صدر الشريعة
والواني في تعليقاته على السيد ثم ان المراد من بطلان شهادة الفروع عدم
قبولها واما الحكم الواقع قبل الانكار فلا يبطل انتهى
وان شهدا على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية انها اقرت لفلان بكذا
وقالا اخبرانا انهما يعرفانها وجاء المدعي بامرأة لم يدريا انها هي ام لا
قيل له اي قال القاضي للمدعي قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية وهذا
لانهما نقلا كلام الاصول كما تحملا وقولهما لا ندري اهي هذه ام لا لا يوجب جرحا
في الشهادة لانهما لم يعرفاها فقد عرفها الاصول لكن هات شاهدين انها هي
لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة
وهي منكرة فلا بد من اثبات انها لها فهذا من قبيل شهادة قاصرة يتمها غيرها
وكذا في نقل الشهادة يعني ان القاضي لو كتب الى قاض اخر ان فلانا وفلانا
شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية فاحضر المدعي امرأة عند القاضي
المكتوب اليه وانكرت المرأة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة قال القاضي للمدعي
هات شاهدين انها هي يقول الفقير هذا لا يختص بالمرأة بل اذا انكر الرجل انه هو
يلزم الشاهدان الاخران وكذا المسألة الاولى ولعل تصويرهم بالمرأة لغلبة عدم المعرفة
في المرأة فان قالا فيهما اي في الشهادة على الشهادة ونقل الشهادة فلانة بنت فلان
التميمية لا يجوز حتى ينسباها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لانه لا بد
من التعريف وذا لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة الى بني تميم لانهم قبائل كثيرون
لا يحصيهم عددهم فلا يحصل التعريف بالنسبة الى بني تميم فقط بخلاف النسبة الى الفخذ
حتى ان ذكره يقوم مقام الجد لان اسم الجد الاعلى قام مقام الجد الادنى وفي الصحاح
الفخذ في العشائر اقل من البطن اول العشائر الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم
العمارة ثم الفخذ يقول الفقير هكذا نقل صاحب العناية عن الصحاح ثم وجدته
بعينه في الصحاح هكذا لكن قال صاحب المغرب الفخذ دون البطن وفوق الفصيلة
ومنه فخذ عشيرته اذا دعاهم فخذا فخذا وهو مذكر انتهى وقال صاحب البيانية في
النوع على ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فيكون ما ذكره على طبق المغرب

الشعب بفتح الشين يجمع الشعوب والقبيلة يجمع القبائل بجمع العمائر والعمارة بجمع البطون والبطن بجمع الافخاذ والافخاذ والفخذ بكسر اي جمع فصائل

لكن

لكن قال صاحب العناية بعدما نقل عن الصحاح هكذا وقال غيره ان الفصيلة بعد الفخذ
تتبع والتعريف يتم بذكر الجد او الفخذ لما مر ان ذكر الجد الاعلى يقوم مقام الجد الادنى
او يتم بنسبة خاصة ثم بين النسبة الخاصة في الكفاية بقوله والنسبة الى المصر
او المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة قال صاحب البيانية قيل
الفرغانية عامة والاوزجندية خاصة والنسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة
عامة انتهى

باب الرجوع عن الشهادة

وتأخيره الى هنا لان الرجوع عن الشهادة يقتضي سبق وجودها وهل هو مشروع رفع فيه
ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة وقال ابن عمر رضي الله عنهما الرجوع الى الحق خير
من التمادي في الباطل قيل ركنه قول الشاهد شهدت بزور وشرطه ان يكون عند
القاضي وحكمه ايجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة
او بعد اتصال القضاء والضمان ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد اتلفا
لا يصح الرجوع عنها اي عن الشهادة الا عند قاض سواء كان هو القاضي الاول
او غيره لان الرجوع عنها توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان
فشهادة الزور جناية عند الحاكم في مجلس القضاء فالتوبة عنها تتقيد به ولانه
فسخ للشهادة اداها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاء فيختص الرجوع بما يختص
الشهادة وهو مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما اي الشاهدين
عند غيره اي غير القاضي لا يحلفان اي الشاهدان ولا يقبل برهانه ان برهن المشهود عليه
عليه اي على رجوعهما لان البينة واليمين انما يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع
في غير مجلس القاضي باطلة بخلاف ما لو ادعى المشهود عليه وقوعه اي وقوع الرجوع
عند قاض وتضمينه اي تضمين القاضي عطف على وقوعه اياهما اي الشاهدين
واقام بينة على وقوعه عند قاض وتضمينه اياهما فانها تقبل ويحلفان ان انكرا وقوعه عند
قاض وتضمينه اياهما على تقدير عجز المدعي عن البينة لصحة السبب فان رجعا اي الشاهدان
عن شهادتهما قبل الحكم لا يحكم القاضي بشهادتهما لظهور التناقض بين كلاميهما
والقاضي لا يقضي بكلام متناقض وهذا لانه عند ذلك لا يترجح جانب الصدق
على جانب الكذب وبدون رجحان الصدق لا يصير كلامهما حجة وان رجعا
بعده اي بعد الحكم لا ينقض القاضي حكمه لانه كما لا يقضي بالكلام المتناقض لا ينقض
ما قضاه بالكلام المتناقض ولان الكلام الثاني مثل الاول في الدلالة على الصدق
وقد ظهر رجحان الاول باتصال القضاء به وضمنا اي الشاهدان الراجعان للمشهود عليه
ما اتلفاه بها اي بالشهادة لاقرارهما على انفسهما بسبب الضمان وهو الشهادة
الباطلة والتناقض لا يمنع صحة اقراره على نفسه وهذا لان التسبب اذا كان تعديا
بمنزلة المباشرة في ايجاب الضمان كحفر البئر وقد اقرا بالتعدي في التسبب الذي كان منهما
وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا اعتبار للتسبب عند وجود المباشرة قلنا
لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من
جهتهما الى القضاء ثم انه بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع
منه يأثم وينعزل ويعزر فلو اوجبنا الضمان عليه يمتنع الناس عن اقامته ولا يمكن
استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض وتسلط المشهود له على مال المشهود عليه بالقضاء
وسببه شهادة الشهود فاضفنا الحكم الى اصل السبب اذا قبض المدعي المدعى عاما
دينا كان او عينا لان تحقق الخسران عند تسليم المقضي عليه المال الى المقضي له فاما
لو اقبضت بيعه على ماله فلا يتحقق الخسران في حقه ولان مبنى الضمان على المماثلة
ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وبيان ذلك انهما اذا الزماه دينا بشهادتهما
فلو ضمنا قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما

ثم علم الفرق بين العين والدين في هذا اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه فان رجع يقول الفقير الظاهر وان رجع بالواو وتفسيره احدهما اي احد الشاهدين عن شهادته ضمن نصفا اذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فيبقاء احدهما الشاهد تبقى الحجة في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع اراد بعده وغاية من اللطافة لان البناء ضمان النصف برجوع احدهما عليه ويبتني المسائل التي تليه عليه فان شهد ثلاثة بحق ورجع واحد عن شهادته لا يضمن الراجع شيئا لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق هذا لان الراجع وان زعم انه متلف بشهادته عليه هذا التلف مستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك بالحجة يمنع من الرجوع عليه بالضمان كمن غصب مال انسان واتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه للمستلف اذا لم يضمنه المستحق شيئا فان رجع اخر ضمنا اي الراجعان نصفا لانه بقي على الشهادة من يبقى به نصف المال فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف مضاف الى المجموع الا ان رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة واحدة منهما ضمنت ربعا لانه بقي على الشهادة من يبقى به ثلاثة ارباع المال وان رجعتا ضمنتا نصفا لبقاء من يبقى به نصف المال وان شهد رجل وعشر نسوة فرجع ثمان منها يقول الفقير هكذا في النسخ التي رأيتها لكن الظاهر فرجعت ثمان لا يضمن على صيغة الجمع المؤنث الغائبة شيئا لبقاء من يبقى بشهادته كل المال وهو رجل وامراتان فان رجعت امراة اخرى منها ضمن النساء الشيع وتذكير الفعل هنا ايضا غير مناسب والظاهر ضمنت الا ان يتكلف ووجه التكلف يعلم بالتامل ربعا لبقاء من يبقى به ثلاثة ارباع الحق اذ النصف يبقى بالرجل والربع بالباقية وان رجع النساء العشر الظاهر ايضا رجعت ضمن صيغة جمع مؤنث غائبة نصفها لبقاء نصف النصاب وهو الرجل وان رجع الكل الرجل والنساء فعلى الرجل سدس وعليهن خمسة اسداس عند ابي حنيفة وعندهما عليه اي على الرجل نصف وعليهن اي على النساء نصف لان النساء وان كثرن في الشهادة لم يقمن الا مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال وله ان كل امراتين تقوم مقام رجل واحد كما قال عليه السلام في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل فعشر نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان الضمان عليهم يكون اسداسا فكذا هنا وان شهد رجلان وامراة فرجعوا فالغرم على الرجلين خاصة دون المراة لان المراة الواحدة ليست بشاهدة اذ الاثنان كشاهد واحد وكما تنقيه لا بعض الشاهد فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دون المراة ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها او عليه الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا فان كان قصاصا او نكاحا لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فيتقدر العوض لا ضمان ويجب الضمان فيما وراءه وان كان الاتلاف بلا عوض اصلا يجب ضمان الكل اذا ثبت هذا فنقول

يقول محرره ما احسن هذه العبارة التفصيلية او التوزيعية في العبارات الفقهية في التصنيفية البديعة

في نهاية اللطف

اذا ادعى رجل على امراة نكاحا واقام على ذلك بينة وهي جاحدة فقضى بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مثل مهر مثلها او اكثر او اقل لانهما وان اتلفا البضع عليها بعوض لا يعدله ولكن البضع لا يتقوم على المتلف وانما يتقوم على المتملك ضرورة التملك وهذا لان ضمان الاتلاف يتقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله في ملك الزوج فتقوم متقوما اظهارا لخطره حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك مجانا لا يعظم قدره وخطره وذلك محل الخطر مثل خطر النفس من حيث يحصل به النسل وهذا المعنى لا يوجد في حالة الازالة وان ادعت امراة نكاحا على رجل واقامت بينة وقضى بالنكاح ثم رجع الشاهدان فان كان مهر مثلها مثل المسمى او اكثر لم يضمنا شيئا لانهما اوجبا المهر عليه بعوض يعدله او يزيد عليه وهو البضع لانه عند الدخول في ملك الزوج متقوم وقد بينا ان الاتلاف بعوض يعدله لا يوجب الضمان وان كان مهر مثلها اقل من المسمى ضمن الزيادة للزوج لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض وعن هذا قال الا ما زاد على مهر المثل فان الراجع يضمن الزيادة ح ويضمن في الطلاق قبل الدخول نصف المهر يعني ان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الوطء ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا على الزوج ما كان على شرف السقوط فان المراة اذا ارتدت او قبلت ابن زوجها يسقط عنه المهر فكانهما الزماه ذلك ولان الطلاق قبل الدخول في معنى الفسخ فكان ينبغي ان يسقط كل المهر وانما نصف المهر ابتداء على وجه المتعة فكان وجوبه مضافا الى شهادتهما فضمناه بخلاف ما اذا شهدا بالطلاق بعد الدخول لان المهر تاكد بالدخول فلا اتلاف وفي البيع يضمن ما نقص عن قيمة المبيع يعني شهدا على رجل بانه باع شيئا بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانهما ما اتلفا شيئا ولو شهدا بانه باع شيئا باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا النقصان لحصول الازالة بلا عوض في حقه ولا فرق فيه بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع فان قيل البيع بشرط الخيار للبايع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمنا شيئا قلنا زوال الملك وان تاخر الى سقوط الخيار فالسبب هو المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما والبايع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع الانكار لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويظهر كذبه عند الناس والعاقل يتحامى عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين يقول الفقير قد خطر ببالي الحقير هنا بحث ثم راجعت الى الكتب فوجدته بعينه في تعليقات سعدي افندي فلا تسأل يا اخي ما حصل لي عنده من السرور بموافقة خاطري لهذا العالم مثل هذا الحبر فالحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله وهو ان الحكم القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا في امثاله عند امامنا الاعظم وهمامنا الافخم فلو فسخ البيع في المدة لم ينسب الى الكذب اصلا عند الامام بل عند الامامين اذ يجعل الفسخ مبنيا على حكم القاضي بالبيع بالخيار تدبر وفي العتق يضمن القيمة يعني ان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول الى الشاهدين بهذا الضمان لانه مما لا يحتمل الفسخ فلا يتحول الولاء ضرورة لان الولاء لمن اعتق وقيل كان ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه انكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء له ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم انه لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك على ما مر في باب العتاق

وفي القصاص يضمن الدية فقط ولم يقتص يعني ان شهدا ان زيدا قتل عمرا عمدا
فاقتص زيد ثم رجعا تجب الدية عليهما عندنا لا القصاص عند الشافعي يقتص
لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بكسر الراء لان كل واحد قاتل تسبيبا بل هنا
اولى لان الولي يعان على القتل والمكره بفتح الراء يمنع عنه بطبع الشرع فكان
معنى السببية وهو الافضاء في الشهادة اكثر وعند وجب القصاص على المكره فلان
يجب هنا اولى ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا
ولا يفضي لان العفو عن القصاص مندوب قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف
المكره لانه يؤثر حيوته ظاهر كذا في العناية قال صاحب الكافي وقول الهداية مشكل لان الامر
على العكس فان الظاهر ان المكره لا يقتل لانه لا يباح له قتله ويحتمل ان يمتنع المكره عنه
او يلجئه الغوث ويضمن الفرع ان رجع لان الحكم انما اضيف الى اداء شهادته في
مجلس القضاء فكان التلف مضافا اليه فيضمن لا يضمن الاصل ان قال الاصل
ما اشهدنا الفرع على شهادتنا يعني ان الاصول اذا رجعوا بعد الحكم وقالوا
لم نشهد الفرع على شهادتنا لم يضمنوا اذ لم يوجد منهم سبب موجب للضمان
لانكارهم سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض
بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل الحكم لانهم انكروا التحميل ولا بد
ولو قال الاصل اشهدنا الفرع وغلطنا ضمن عند محمد لان الفروع نقلوا
شهادة الاصول فكانهم حضروا وشهدوا ثم رجعوا لا يضمن عندهما لان القضاء
لم يقع بشهادتهم بل وقع بشهادة الفروع وان رجع الاصل والفرع ضمن الفرع
لا الاصل عند ابي حنيفة وابي يوسف لان سبب الاتلاف الشهادة القائمة في مجلس القضاء
وذا وجد من الفروع وعند محمد يضمن المشهود عليه اي الفريقين شاء من الاصول
والفروع شاء لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين
شهادتهم ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم نقلوا شهادتهم
بامرهم فيتخير المشهود عليه في تضمين اي الفريقين شاء وقول الفرع بعد الحكم
بشهادة كذب شهود الاصل او غلطوا ليس بشيء لان القضاء ماض لا ينقض
كما لا ينقض برجوعهم ولا يلزمه ضمانه لانه لم يرجع بل شهد على غيرهم بالكذب او
الغلط فلا يلتفت اليه وان رجع المزكي عن التزكية ضمن عند الامام
لان الحكم لا يضاف الى الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة
انما تثبت بالتزكية فصارت التزكية في معنى علة العلة كالرمي فانه سبب لمضي السهم
في الهواء وذا سبب الوصول الى المرمي وذا سبب الجرح وذا سبب زهاق الارواح
وذا سبب الموت والموت اضيف الى الرمي الذي هو علة العلة الاولى حتى يجب عليه القتل
من القصاص او الدية والكفارة خلافا لهما لان المزكين اثنوا على الشهود
فصاروا كما لو اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا باحصانه ولا يضمن
شاهد الاحصان برجوعه يعني لو شهدوا بالاحصان الزاني فرجم ثم رجعوا لم يضمنوا
عندنا خلافا لزفر لان الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولنا ان
الاحصان شرط محض لا يضاف الحكم اليه لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة
للعقوبة ولو رجع شاهد اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين خاصة
يعني اذا شهد شاهدان باليمين وقالا انه قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر
وشهد اخران بوجود الشرط انه دخل الدار ثم رجع الفريقان بعد الحكم
فالضمان على شهود اليمين لا على شهود الشرط وهو قيمة العبد لان شهود
اليمين شهود العلة اذ التلف انما حصل بالاعتاق وهم الذين اثبتوا الكلمة
وانما كان الشرط مانعا فعند وجود الشرط اضيف التلف الى العلة دون زوال المانع

ولو رجع

ولو رجع شاهدا الشرط وحده اختلف المشايخ قال بعضهم يضمن شاهدا الشرط
والصحيح انه لا يضمن بحال نص عليه في الزيادات واليه مال السرخسي والى الاول
فخر الاسلام البزدوي كذا في الكافي ودليل الفريقين مذكور في العناية ومن علم انه شهد
زورا بان اقر على نفسه انه شهد زورا او شهد بقتل رجل او موته فجاء حيا
او شهد برؤية الهلال فمضى ثلاثون يوما وليس بالسماء علة ولم ير الهلال شهر
فقط ولا يعزر عند ابي حنيفة وعندهما يوجع ضربا ويحبس قال صاحب الكافي
اعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا افضل القضاء بشهادته او لم يتصل لانه ارتكب
كبيرة اتصل ضررها بمسلم قال عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور
بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور
وسئل رجل عن الكبائر فقال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل نفس بغير حق
وقول الزور وقال صاحب العناية روى ابو بكر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام
انه قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله فقال الاشراك بالله
وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس وقال الا وقول الزور فما زال يقولها
حتى قلت لا يسكت وليس فيه حد مقدر فيعزر زجرا له ثم قال صاحب الكافي
الا انهم اختلفوا في كيفية تعزيره فقال ابو حنيفة تعزيره تشهيره فقط وقالا
يضرب ويحبس وهو قول الشافعي لانه روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد
الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ارجلته وجهها للتشاد ولابي حنيفة انه شريحا
كان يشهر ولا يضرب ويبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي
بعد العصر اجمع ما كانوا وينادي المنادي ان شريحا يقرئكم السلام ويقول
انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح كان قاضيا
في زمن عمر وعلي وسائر الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل
الاجماع وكان هذا من ابي حنيفة احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليد شريح لانه لا يرى تقليد
التابعي وحديث عمر محمول على السياسة بدليل التبليغ الى الاربعين والتسخيم

كتاب الوكالة

عقب الشهادة بالوكالة لان في كل من الشهادة والوكالة اعانة الغير باحياء حقه
والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل كالسلام للتسليم والكلام للتكليم من وكله بكذا
اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر
اي مفوض اليه وهو عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه
الى المدينة ولم يلحقه النكير قال سعدي افندي اقول فان قيل لم لا يجوز ان يكون ذلك
قلنا الرسالة بتبليغ الكلام الى الغير بلا دخل له في التصرف والمبعوث الى المدينة كان مامورا
بشراء الطعام انتهى وبالسنة وهي ما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام وكل
حكيم بن حزام بشراء الاضحية ووكل في النكاح عمرو بن امية الضمري وبالاجماع
فان الامة قد اجمعت على جواز التوكيل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا
وبالمعقول وهو انه قد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه الى السفر وقد يعجز
عن التصرف في ماله لقلة هدايته او لكثرة اشتغاله او لكثرة امواله فيحتاج الى تفويض
التصرف الى الغير بطريق التوكيل وعن هذا قال هي اقامة الغير مقام نفسه في التصرف
وشرطها اي شرط الوكالة كون الموكل اسم فاعل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد
ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره وكون الوكيل ممن
يعقل العقد بمعنى انه يجب ان يعرف ان البيع مثلا سالب والشراء جالب ويعرف الغبن الفاحش من اليسير
ويقصده بمعنى يجب ان يقصد التصرف الذي يفعله بثبوت الحكم والربح اذا لم يقصده كان هازلا فلا يقع عن الامر

فيصح توكيل الحر البالغ او المأذون حراً كان مثله او عبداً او مأذوناً او صبياً عاقلاً يعقل البيع والشرى او عبداً محجوراً صفة صبياً وعبداً ولكن لا يتعلق بالصبي والعبد المحجورين الحقوق وتتعلق بموكلهما على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وانما جاز توكيلهما لان الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعاً حتى ينفذ تصرفه باذن وليه في ملك نفسه فكذا ينفذ تصرفه في ملك غيره بتوكيل المالك اياه بذلك وكذا العبد اهل للتصرف مالك له ولهذا صح طلاقه واقراره بالحدود وانما لا يملكه في حق مولاه دفعاً للضرر عنه والتوكيل ليس بتصرف في حقه ثم العهدة لا يلزمهما لان في الزام العهدة على الصبي او الوكيل ضرراً به والصبي بمعزل من المضار وفي الزام العهدة على العبد الوكيل ضرراً بالسيد فتلزم الموكل لانه لما تعذر الزام العهدة عليهما تعلقت باقرب الناس اليهما وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الموكل لكن العهدة تلزم العبد المحجور بعد العتق اذا بقيت لان المانع حق المولى وقد زال بالعتق بخلاف الصبي فان المانع ثمة حقه وحقه لا يزول بالبلوغ وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور له خيار لانه انما باشر هذا العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما لو اطلع بعيب بالمبيع وان كانا مأذونين في التجارة لزمهما الثمن ورجعا على الآمر استحساناً لانهما يملكان التزام الثمن في ذمتهما بتصرفهما لانفسهما فكذا للغير بحكم الولاية فلهذا يلزمهما العهدة كذا في الكافي بحكمها متعلق بقوله فيصح توكيل الحر بعقد هو بنفسه كالبيع والاجارة والنكاح والطلاق والخلع والاعارة والاستعارة والهبة والصدقة والايداع والرهن والارتهان والاقراض قال صاحب الهداية كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره وقال صاحب العناية وهذه ضابطة يعرف بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز واعترض عليها بانها غير مطردة وغير منعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلماً في بيع الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند ابي حنيفة والجواب عنها في العناية ايضاً ان شئت فراجع وصح التوكيل بايفاء كل حق واستيفائه لان الموكل قد لا يهتدي الى طريق الايفاء والاستيفاء فيحتاج الى التوكيل بالضرورة الا في حد وقود فانه لا يجوز التوكيل باستيفائهما مع غيبة الموكل قال صاحب الكافي اعلم ان التوكيل بايفاء الحقوق اي باداءها واستيفاء الحقوق اي بقبضها الا في الحدود والقصاص فان التوكيل باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس يجوز لانها تسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة عند غيبة الموكل لكونه مندوباً بخلاف غيبة الشاهد الاصل حيث لم تكن شبهة رجوعه مانعة لان الظاهر فيه عدم الرجوع ولهذا اذا كان الموكل حاضراً يجوز للوكيل ان يستوفيها لانه لا يمكن بشبهة العفو في هذه الصورة انتهى وصح التوكيل بالخصومة في كل حق لان كل احد لا يهتدي الى وجوه الخصومات فيحتاج الى التوكيل بالضرورة وقد صح ان امير المؤمنين علياً رضي الله عنه لا يحضر خصومة ابداً وكان يقول ان الشيطان يحضرها وكان كرم الله وجهه اذا خوصم في شيء وكل عقيلاً اخاه لكونه زكياً حاضر الجواب وبعد ما اسن عقيل يوكل كرم الله وجهه عبد الله بن جعفر ويقول هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي يقول الفقير سمعت عن بعض فضلاء العرب يروي حديثاً وهو انه صلى الله عليه وسلم قال ان الخصومة تطفئ نور الايمان لكن لا اعرف انه صحيح الاسناد والعهدة على من رواه بشرط رضى الخصم قال صاحب العناية اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل الا برضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه وقالا لا يجوز التوكيل بها بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي

لكن قال صاحب الهداية لا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم يعني هل للزوم فيها فعند ابي حنيفة التوكيل بلا رضى الخصم صحيح لانه يعني اذا وكل من غير رضى الخصم بل يرتد برده اولاً فعنده يرتد لانه غير لازم الا ان يكون الموكل مريضاً لا يمكنه مع وجع المرض حضور مجلس الحاكم او غائباً مسافة سفر مدة ثلاثة ايام فصاعداً او مريداً للسفر يعني اذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم طالباً كان الموكل او مطلوباً فلا يرتد برد الخصم لانه لو لم يلزم يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه لكن لا يصدق منه مجرد قوله انا اريد السفر الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة او يكون الموكل امرأة مخدرة غير معتادة للخروج الى مجلس حاكم فيلزم التوكيل منها بغير رضى الخصم ايضاً ولا يرتد برد الخصم لانها لو حضرت لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها ولا فرق فيه بين البكر والثيب وقال ابن ابي ليلى يقبل من البكر دون الثيب وعندهما لا يشترط رضى الخصم فيلزم بلا رضاه لهما ان التوكيل حصل بما هو خالص حق الموكل فيلزم بلا رضى الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء والتقاضي وهذا لانه وكله بالجواب او الخصومة وكلاهما حق الموكل ولابي حنيفة انه قصد بهذا التوكيل الاضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه فلا يملكه الا برضاه كالحوالة وهذا لان الحضور والجواب مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس متفاوتون في الجواب فرب انكار يكون اشد دفعاً للمدعي من انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب بالتوكيل ان يشتغل الوكيل بالحيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم نعم هو توكيل بما هو خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه المزبور قلنا لا يملكه بلا رضاه كاحد شريكي العبد اذا كاتبه كان للاخر ان يفسخها وان حصل بتصرف المكاتب في ملكه لان ضررها يتصل بالشريك بخلاف التوكيل بالقبض والايفاء فان الحق معلوم بصفته فلا يتطل بهذا التوكيل ضرر بالاخر وكذا التقاضي له حد معلوم يعرف ذلك حتى اذا جاوزه منع منه بخلاف حالة المرض والسفر لان الجواب غير مستحق على المريض والمسافر وليس للخصم حق المطالبة باحضارهما الموكل لعجزه بالمرض او السفر فلا يكون منه التوكيل اسقاط حق مستحق عليه يقول الفقير هذا روي ان الحكم قال ابو المؤمنين بعد قوله انتهى قال صاحب الكافي والمتأخرون اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الاباء من التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضى صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه في عرف اهل المعاملة كبيع لانه يقول بعت هذا الشيء منك ولا يقول بعته منك من قبل فلان وكذا غيره كالاجارة وصلح عن اقرار تتعلق به اي بالوكيل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه واعتبره بالرسول والوكيل والنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد فهذا العقد حقيقة وحكماً اما حقيقة فلان العقد يقوم بالكلام وهو لكونه آدمياً له اهلية الايجاب والاستيجاب فكان العقد الواقع منه لو لغيره سواء واما حكماً فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة الى المرسل والموكل فاذا كان كذلك كان الوكيل اصيلاً في الحقوق فتتعلق به ان لم يكن الوكيل محجوراً احترازاً عن الصبي والعبد المحجورين فان توكيلهما جائز لكن حقوق عقدهما ترجع الى الموكل كما ذكرنا ثم شرع في تفصيل تعلق الحقوق فقال فيسلم الوكيل المبيع الى المشتري ان وكل بالبيع ويتسلم اي يقبض المبيع ان وكل بالشراء ويقبض الثمن اي ثمن المبيع ان وكل بالبيع فباع ويطالب بفتح اللام به اي بالثمن ان وكل بالشراء فاشترى ويرجع على صيغة المبني للمفعول اي يرجع الوكيل به اي بالثمن عند الاستحقاق اي استحقاق ما باع وكذا يرجع او على بائعه بالثمن عند استحقاق

ويخاصم على صيغة المبني للفاعل في عيب مشريه ويرده الى بايعه به اي بالعيب
فان ذلك كله من حقوق العقد فتتعلق بالوكيل ان لم يسلم الى موكله وبعد تسليمه اليه
لا يرده الا باذنه اي باذن الموكل ويخاصم على صيغة المبني للمفعول اي يخاصم في
عيب مبيعه ويخاصم في شفعته اي في شفعة ما باع ان كان المبيع في يده
بخلاف ما اذا سلم المبيع الى المشتري فان الوكيل لا يخاصم في الشفعة. ه
وكذا شفعة مشريه يعني يخاصم الوكيل في شفعة ما اشترى بالوكالة ما دام في
يده فاذا سلم الى الموكل خرج من البين والملك يثبت للموكل ابتداء اعلم ان المشايخ
اختلفوا في ان الملك يثبت للوكيل بالشراء ثم ينتقل منه الى الموكل او يثبت للموكل ابتداء
قال الكرخي ومن تابعه بالاول واليه ذهب بعض اصحابنا وهو اختيار قاضيخان
وقال ابو طاهر الدبوسي بالثاني وهو مذهب جماعة من اصحابنا. ثم فرع عليه بقوله
فلا يعتق قريب وكيل شراه بالوكالة لانه لا يملكه الوكيل اصلا بل يملكه الموكل ابتداء
وعلى قول من يقول ان الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل لا يعتق قريب الوكيل
ايضا لانه يثبت للوكيل غير متقرر والعتق وفساد النكاح يقتضيان تقرر الملك
فاذا لم يوجد تقرره لم يحصل العتق واعترض عليه بانه مخالف لاطلاق قوله صلى
الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه واجيب بان المطلق ينصرف الى الكامل
وهو الملك المتقرر كذا في الدرر يقول الفقير اذا كان لا يعتق على كل من القولين
لا يكون قوله فلا يعتق الخ ثمرة الخلاف فلا يظهر تفريعه على ثبوت الملك للموكل ابتداء
بكلمة الفاء وجه وايضا اذا لم يكن عدم العتق ثمرة الخلاف ففي اي مسألة تكون
ثمرة الخلاف تدبر وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى موكله في عرف اهل المعاملة
تتعلق بالموكل كنكاح فان الوكيل بالنكاح يقول زوجتها من فلان ولا يقول
زوجتها او زوجتها مني فهو ظاهر حتى لو اضاف النكاح الى نفسه يقع له.
وخلع وصلح عن انكار فانه اسقاط محض لا يشوبه معاوضة بل فداء يمين في حق
فلا بد من الاضافة الى الموكل او عن دم عمد فانه ايضا اسقاط محض فالوكيل
اجنبي سفير فلا بد من الاضافة الى الموكل قال صدر الشريعة واما الصلح فلا فرق فيه
بين ان يكون عن اقرار او انكار في الاضافة فان زيدا اذا ادعى دارا على عمرو
فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح على المائة فيقول زيد صالحت عن دعوى الدار
على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح بين الصلح سواء كان عن اقرار او انكار
الا انه ان كان عن اقرار يكون كالبيع فيرجع الحقوق الى الوكيل كما في البيع فتسليم
بدل الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه والوكيل
سفير محض فلا يرجع اليه الحقوق انتهى قال يعقوب باشا فيه كلام وهو ان الوكيل
في الصلح عن الانكار سفير محض فيمكن ان يدعى انه لا بد من الاضافة الى الموكل
بان يقول زيد مثلا صالحت عن دعوى الدار على عمرو عن طرفه بالمائة بخلاف الصلح
عن اقرار لانه كالبيع فلا حاجة الى قوله عن طرفه كما لا يخفى وفي الدرر
اشارة الى ما ذكر وقال صاحب الاصلاح والايضاح الصلح عن انكار
لا يصح اضافته الى الوكيل بل لا بد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار
فانه يصح اضافته الى كل منهما فافترق الصلحان في الاضافة يقول الفقير ليت
شعري ما مراد صدر الشريعة من هذا القول ولا يحصل لي معنى به والحال انه يدفع
اوله اخره وبالعكس تدبر وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة واعارة
وايداع ورهن واقراض بخلاف التوكيل بالاستقراض فانه باطل كما مر.
وشركة ومضاربة فان الوكيل يضيف هذه العقود الى موكله
في عرف اهل المعاملة فتتعلق حقوق العقد فيها الى الموكل دون الوكيل

ثم شرع

ثم شرع في تفصيل تعلق الحقوق بالموكل فقال بالفاء التفريعية فلا يطالب من قبل المرأة
وكيل الزوج بالمهر ولا يطالب وكيل المرأة بتسليمها اي تسليم المرأة الى الزوج.
ولا يطالب وكيل الخلع ببدل الخلع لما مر من كون الوكيل في هذه الصور سفيرا محضا
وللمشتري منع الثمن عن الموكل يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طلب الثمن
منه لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد.
ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح واذا نهاه الموكل لا يصح فان دفعه اي ان دفع المشتري
الثمن اليه اي الى الموكل صح دفعه ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه
فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن الى محله
يقول الفقير كان المناسب للمصنف ان يذكر قوله وللمشتري منع الثمن الخ من تفريعات
القسم الاول ولا يؤخره الى هنا لكن اظن انه انما اخره الى هنا ليكون مقدمة وتوطئة
للمسألة التي تليها تدبر. وان كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة به
اي بثمن المبيع الذي باعه الوكيل وكذا يقع المقاصة به ان كان له اي للمشتري
على الوكيل دين عند ابي حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عن الثمن عندهما وهو ابراء
بغير عوض فيملك المقاصة ايضا لانه ابراء ايضا ولكنه بعوض فكان بالطريق الاولى
ان يملكه خلافا لابي يوسف لانه لا يجوز الابراء عن الثمن في قوله لانه تصرف في ملك الغير
اذا الثمن ملك الموكل فلا يملك المقاصة لانه ابراء ايضا ولهما ان الابراء اسقاط الحق
بالقبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك لكنه يضمنه
الوكيل للموكل في فصل المقاصة كما يضمنه في فصل الابراء وان كان دينه اي دين المشتري
عليهما اي على الموكل والوكيل فالمقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل لانه حق الموكل في الحقيقة

باب الوكالة بالبيع والشراء

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم الوكالة
بالشراء على الوكالة بالبيع في الحكم لان الشراء ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن الازالة والازالة
بعد الاثبات لا يصح التوكيل بشراء شيء يشمل اجناسا كالرقيق والثوب والدابة
وشمول كل منها للاجناس ظاهر لان الدابة اسم لما يدب على الارض وفي العرف تطلق على الخيول والبغال
والحمير فقد جمعت اجناسا كثيرة وكذا الثوب يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء وكذا الرقيق
او بشراء شيء يشمل ما هو كالاجناس كالدار لانها تشمل على ما هو في معنى الاجناس
لان الدار تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
وان بين الثمن لانه يتعذر الامتثال لامر الموكل لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى
مراد الامر لتفاحش الجهالة قال صاحب الغاية والمراد بالجنس والنوع غير ما اصطلح عليه اهل المنطق
فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان مثلا والنوع
هو المقول على كثيرين متفقين في جواب ما هو كالانسان مثلا. والصنف هو النوع المقيد
بقيد عرضي كالتركي والهندي فالمراد هنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اهل الشرع او لتلك
كان نوعا او غيره كالرقيق وبالنوع الصنف انتهى فان سمى نوع الثوب كالهروي مثلا
جاز وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل لان هذه جهالة النوع فكانت جهالة يسيرة
ويمكن الدرك بالنظر الى حال الموكل او بين ثمن الدار وبين المحلة يعني ان وكل بشراء دار
وبين ثمنها ومحلتها جاز لان الدار مما تختلف جهالة جنسه فلا بد للجواز من بيان ثمنها ومحلتها
ولا يكفي مجرد بيان الثمن لان بمجرده لا ترتفع الجهالة قال صاحب العناية وكذا الدار تشمل على ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان.
فيتعذر الامتثال ولا يدرى مراد الامر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها مع ذكر الثمن
فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن انتهى.

قال صاحب الاصلاح والايضاح والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة بقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين الحقت بجهالة الجنس والمتاخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير قال اخي جلبي في شرح صدر الشريعة والدار مما تخشى جهالته يرد عليه ان جهالة الدار متوسطة كما صرح به في الكافي وجوابه ان جهالة الدار جهالة الجنس عند المتاخرين وجهالة النوع عند المتقدمين فليحمل عبارة كل من الكتابين على قول من المذهبين فلا اشكال انتهى يقول الفقير فلزم علينا ان نكتب ما قال صاحب الكافي ثم نذكر ما ذكر في الكتب في مسئلة الدار قال صاحب الكافي الاصل ان الجهالة ثلاثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار ونحوه والبغل والثوب الهروي والمروي وهي لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث لا يصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء شاة في الاضحية ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد او بشراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين النوع او الثمن لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانها تمنع الامتثال واذا ذهبنا فنتقلب وصح التوكيل بشراء ثوب هروي او مروي او دنن فحمار او بغل وان لم يسم النوع فكذا الثمن لان هذه جهالة يسيرة ويمكن دركها حال الموكل وان لم يبين الثمن لا يصح لانه يشمل انواعا اما في الدار فظاهر وكذا العبد لانها تختلف باختلاف الجيران والبلدان والمرافق والمحال اختلافا فاحشا وان بين النوع كالتركي والحبشي والهندي او السندي او بين نوع الدار او المحلة صح وان لم يبين صفة الجودة والرداءة لانها جهالة مستدركة انتهى ما في الكافي يقول الفقير فعلم مما ذكر صاحب الكافي انه جعل الدار من النوع المتوسط على قول المتقدمين وقصدها صاحب الوقاية من الفاحشة على قول المتاخرين والمصنف اختار في الدار قول المتاخرين ولهذا قال او بين ثمن الدار والمحلة بعطف المحلة على الثمن بالواو وكان المناسب ان في الدار قولين قول المتقدمين وقول المتاخرين فعلى قول المتاخرين لا يجوز التوكيل بشراء الدار الا ان بين الثمن او المحلة لانها مما تخشى جهالته على قول وعلى قول المتقدمين يجوز التوكيل بشرائها ان بين الثمن فقط لان جهالتها متوسطة بين النوع والجنس كما قلنا فتامل هذا غاية ما قيل فيها فتتبع تجد او بين جنس الرقيق كالعبد ونوعه كالتركي يعني اذا وكل بشراء عبد تركي مثلا يصح لان العبد معلوم الجنس من وجه لكن من حيث منفعة الجمال كانه اجناس مختلفة فان بين نوعه كالتركي يصح التوكيل او بين ثمنا يعين نوعها يعني اذا بين ثمنا يكون بحيث يعلم منه النوع يصح لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس فالتحق بجهالة النوع وان لم يبين شيئا منهما لم يصح التوكيل ويلحق بجهالة الجنس لانه يتعذر الامتثال او عمم فقال ابتع اي اشتر لي ما رايت لانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا لا نكره وهذا هو التوكيل العام يقول الفقير في عطف قوله او عمم صعوبة لانه لا يناسب كونه معطوفا على قوله او بين جنس الرقيق لانه مخصوص به فقط ولا كونه معطوفا على قوله فان سمى نوع التوكيل لانه ليس مخصوصا فقط ايضا هو صالح لجميع ما ذكر ومعناه ان عمم وقال ابتع لي ما رايت صح وكذا لكل ان عمم في الثوب وقال ابتع لي ما رايت من الثوب وكذا في الدابة والدار وغيرها اذا وكل رجلا وقال ابتع لي ما رايت ولم يخصصه بشيء دون شيء صح وكذا لكل ان قال في كل واحد ابتع لي ما رايت من كل منها الخ لكن لو بينه بطريق الاستثناء بان يقول الا ان يعم لكان اسلم واظهر

ويدل

ويدل على ما ذكرنا قول صاحب الهداية ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير فعل الموكل معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رايت لانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا انتهى ما في الهداية تامل يظهر لك ما قلنا قال صاحب البناية فان كانت الوكالة عامة تصح مع الجهالة اليسيرة كما لو قال اشتر لي ما شئت او ما رايت لانه فوض الراي اليه فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة فعلى ما ذكره يكون في عطف قوله او عمم زيادة صعوبة كما في التفتازاني اللهم الا ان يقال انه معطوف على قريب ويعلم منه حال ما بعده بالمقايسة لكنه ابعد والحاصل انه لا وجه لايانه بالعطف اصلا والمناسب ذكره بطريق الاستثناء كما قلنا تدبر ولو وكله بشراء الطعام فهو يقع على البر والدقيق ودقيقه استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح بالاعتبار من الحقيقة والعرف في شراء الطعام يقع على حنطة ودقيقها قال صاحب العناية قالوا هذا في عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام اما في عرف غيرهم فينصرف الى كل مطعوم وقال بعض المشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف اليه قال صاحب الاصلاح والايضاح قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وقيل يقع على الخبز في كثير الدراهم ويقع على الخبز في قليلها فيقع على الدقيق في وسطها رعاية للتناسب بين الثمن والمثمن فقيل الكثرة عشرة دراهم وما فوقها والقليلة الثلاثة وما دونها والمتوسط ما بين الثلاثة والعشرة وفي متخذ الوليمة يقع على الخبز بكل حال يعني سواء كثرت الدراهم او قلت او توسطت لدلالة الحال وصح التوكيل بشراء عين اي شيء معين بدين له اي للموكل على الوكيل يعني اذا كان لرجل على اخر الف فامره ان يشتري بها عبدا له هذا العبد فاشتراه به صح التوكيل ولزم الموكل حتى لو هلك العبد مات على الموكل وفي غير العين اي في غير المعين ان هلك في يد الوكيل فعليه اي على الوكيل وان قبضه الموكل فهو له اي للموكل يعني اذا وكل بان يشتري له بالالف عبدا غير معين فاشتراه عبدا كان ذلك العبد للوكيل الا ان يقبضه الموكل حتى لو مات قبل قبض الموكل مات على الوكيل ولو مات بعده مات على الموكل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للموكل ايضا اي كما هو لازم له في المعين سواء قبضه الموكل او لم يقبضه وهلاكه عليه اي على الموكل اذا قبضه الوكيل واصله ان التوكيل بالشراء اذا اضيف الى الدين على الوكيل لا يصح عند ابي حنيفة اذا لم يكن البائع او المبيع متعينا وعندهما يصح وان لم يكن البائع والمبيع متعينا لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود عينا كانت او دينا ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على البائع ثم تصادقا ان الدين لم يكن لا يبطل الشراء ووجب على المشتري مثل الدين واذا لم يتعين صار التقييد به والاطلاق سواء ولو وكله بان يشتري عبدا بالف ولم يعين الالف بل اطلق صح التوكيل ولزم الامر وان لم يكن البائع والمبيع متعينا كذا هنا ولابي حنيفة ان هذا التوكيل صادف الباطل والتوكيل بالباطل باطل وهذا لان التوكيل حصل بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو لا يملك تمليك الدين من غير من عليه الدين بنفسه من غيره ان يوكل بقبضه فلا يملك الامر ايضا بخلاف ما لو عين البائع لانه يصير البائع بمنصب وكيلا عن الامر بقبض الدين لانه معلوم فيصير البائع قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه غيره ووهب الموهوب له بقبضه قال في العمادية ذكر في الصغرى في كتاب الهبة هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح الا اذا وهب واذن بالقبض فقبضه فانه يجوز والبنت ان وهبت مهرها من ابيها ان امرته بالقبض جاز وفي بعض الكتب الفقه الموثوق عليه هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز الا اذا سلطه على قبضه هـ

وبصيركانه وهب حين قبضه ولا يستحكم الا بالقبض وكذا لو وهب صوفا على غنم
او زرعا في محصوده مسلطا على حصده وكذا الثمر على الشجر واما اللبن في ضرع الشاة ففي
رواية يجوز كما في هذه الاشياء اذا سلطه على الحلب فحلب وفي رواية لا يجوز انتهى باقي
العمادية وكذا اذا كان المبيع متعينا لان في تعيين المبيع يميز البايع فصار كما لو عين
البايع ومتى ابهم المبيع او البايع يكون البايع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا
وعلى هذا الخلاف اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرفه يعني لو قال اسلم مالي عليك الى فلان
في كذا صح اتفاقا ولو قال اسلم ان شئت فعلى الخلاف المزبور وكذا الصرف والحاصل
ان تعيين المسلم اليه ومن يعقد معه عقد الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الخلاف المزبور قال صاحب العناية
وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس
ولو وكل عبدا ليشتري نفسه له اي للموكل من سيده فان قال العبد للسيد بعني نفسي
لفلان فباع اي السيد فهو اي العبد له اي للموكل لان العبد يصلح لان يشتري نفسه لنفسه
ويصلح ان يكون وكيلا عن غيره بشراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته كمولاه والبيع يرد عليه من
حيث انه مال فاذا اضافه الى الامر جعل فعله امتثالا فيقع العقد عن الامر
وان لم يقل لفلان بل قال بعني نفسي ولم يزد عليه او قال بعني نفسي لنفسي فباع عتق اما الاول
فلانه مطلق والمطلق يحتمل الوجهين الاعتاق والبيع فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى
التصرف واقعا لنفسه واما الثاني فلانه صرح بانه يصلح لشراء نفسه وان وكل العبد غيره
ليشتريه من سيده فان قال الوكيل للسيد اشتريته لنفسه فباع السيد
عتق على السيد لان بيع نفس العبد من العبد وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل
والوكيل هنا سفير فكأنه اشترى نفسه بنفسه والولاء له اي للسيد لانه عتق عليه
وان قال اشتريته ولم يقل لنفسه فهو اي العبد للوكيل لان اللفظ حقيقة للمعاوضة
وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين
وعليه اي على الوكيل ثمنه اي ثمن العبد لانه ثبت في ذمته بكونه عاقدا وما اعطاه العبد
للوكيل لاجل الثمن للمولى لانه كسب عبده واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد اشتريت
لك عبدا فمات اي العبد وقال الموكل اشتريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن
دفع الثمن للوكيل لان الموكل منكر والقول للمنكر مع اليمين والا اي وان كان دفع الثمن
فللوكيل لانه امين والقول للامين مع اليمين وانما قيد بقوله فمات لانه لو كان
العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا
فكذلك عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة القول للامر كذا في الهداية هـ
قال صاحب الكافي وهذه المسئلة على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون مامورا بشراء عبد بعينه
او بغير عينه وكل وجه على وجهين لانه اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا
فان كان مامورا بشراء بعينه فان اخبره عن شرائه والعبد حي فالقول للمامور اجماعا
منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر في التحقق و
الثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق كمن طلق امرأته ثم قال راجعتك في العدة
وكذبته فان القول له وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء
وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه وغرضه
الرجوع بالثمن والامر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة
في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امره فكان القول له وان كان العبد
بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريت لك وقال الامر بل لنفسك فان كان الثمن منقودا
فالقول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه وان لم يكن منقودا فالقول للامر عند ابي ح
وعندهما القول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه فيصح كما في المعين وله ان الوكالة بشراء عبد بغير عينه
لا تتعين ولانه موضع التهمة فلا يقبل قوله وهنا لانه امر بشراء عبد بغير عينه والمامور

كما يملك الشراء للامر يملك الشراء لنفسه فلعله اشتراه لنفسه فلما لم يعجبه احال
بالشراء على الموكل وفي هذا ايجاب الثمن على الموكل باخباره المتهم فلا يملك بخلاف
ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك الشراء لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته بخلاف
حال حضرته وبخلاف ما لو كان الثمن منقودا لانه امين قصد براءة باعتبار الثمن لانه
يدعي الخروج عن الامانة فيتبعه حكم البيع ولا تهمة هنا وان كان العبد ميتا
فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه وغرضه الرجوع
بالثمن والامر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يدعي الخروج عن
عهدة الامانة فيكون القول قوله انتهى وفي هذا المحل كلام لصدر الشريعة على الهداية
وكلام لصاحب الدرر على ما قاله صدر الشريعة ان شئت فراجعهما وللوكيل بالشراء
طلب الثمن من الموكل اذا اشتراه وان لم يدفع الوكيل الثمن الى البايع بناء على انه يجري
بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فيصير الوكيل بايعا من موكله لثبوت امارات العقد
بينهما فانهما اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمبيع رده
على الوكيل وغير ذلك من خواص العقد فاذا كان كذلك يكون له مطالبة الثمن وان لم يدفع
الى بايعه وله حبس المشترى بفتح الراء لاجله اي لاجل قبض الثمن بناء على ما يجري بينهما
من المبادلة الحكمية فان هلك المشترى بفتح الراء في يد الوكيل قبل حبسه هلك على الامر
اي هلك من مال الامر ولا يسقط ثمنه لان يده كيد الوكيل فاذا لم يحبس يصير الموكل
قابضا بيد الوكيل وان هلك بعد حبسه سقط الثمن عند ابي ح ومحمد لان
الوكيل كالبايع من الموكل فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه كما في البيع
وعند ابي يوسف هو كالرهن يعني يهلك كهلاك الرهن حتى لو كان فيه وفاء
بالثمن يسقط وان لم يكن فيه وفاء يرجع الوكيل بالفضل على الموكل وقال زفر
يصير مضمونا ضمان الغصب مثلا اذا كان الثمن خمسة عشر وقيمة المبيع عشرة فهلك
المبيع بعد الحبس يرجع الوكيل الى الموكل بخمسة عند من يقول بضمان الرهن ويسقط الثمن
كله ولا يجب شيء على الموكل عند من يقول بضمان البيع ويظهر فائدة ضمان الغصب في عكس هذا
وهو ان يكون الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر مثلا فيهلك المبيع بعد الحبس
الوكيل يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب كذا في البناية ووجه الاقوال
مذكورة فيها ان شئت فراجع وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه لانه يؤدي
الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك
ذلك بغيبة الموكل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشترى
لنفسه والموكل غائب وقع عن الموكل الا اذا باشر على وجه المخالفة بان كان الثمن مسمى
فاشتراه بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود كالمكيل والموزون فانه يثبت
الملك للوكيل وعن هذا قال فان شراه اي المعين بخلاف جنس ما سمي من الثمن او
بغير النقود وقع الشراء له اي الوكيل يعني اذا سمى الموكل الثمن فاشترى الوكيل
بخلاف جنس ما سمي او لم يسم فاشترى بغير النقود ولان المتعارف نقد البلد فالامر
ينصرف اليه لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وكذا يقع عن الوكيل ان امر
الوكيل غيره فاشتراه الغير وهو الوكيل الثاني بغيبته اي بغيبة الوكيل الاول لانه ايضا
خالف امر الامر لانه مامور بان يحضره رأيه ولم يتحقق ذلك في حال غيبته وان شراه الوكيل الثاني
بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول فللموكل يعني يكون شراؤه للموكل لانه يحضره رأيه فلا يكون
مخالفا فهنا سؤال وجواب في العناية ان شئت فراجع وفي غير المعين هو
اي الشراء للوكيل يعني لو وكله بشراء عبد غير معين مثلا فاشترى الوكيل عبدا فهو
يكون للوكيل الا ان اضاف العقد الى مال الموكل او اطلق ولم يضف
الى مال الموكل و لكن نوى الشراء له اي للموكل بان يقول نويت الشراء للموكل

قال صاحب العناية هذه المسئلة على وجوه لانه اما ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى
نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للآمر حملا لحال الوكيل على ما يحل له شرعا
اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا لكونه غصبا
لدراهم الآمر وان كان الثاني كان للمأمور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريان
العادة بوقوع الشراء لصاحب الدراهم وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهو له او
لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل شيء بغير عينه
وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع
في مال من نقد الثمن كان المبيع لكون دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل
له شرعا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد
لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية والفرض عدمه وقال ابو يوسف
يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا
فمن اي المالين نقد فقد فعل احد المحتملين فيحكم في ان الاضافة الى اي نقد كانت
ينبغي ان لا تفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول
ان الشراء يتملك الدراهم بعينها وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما مر من انها تتقيد في
الوكالات انتهى ويعتبر في السلم والصرف مفارقة الوكيل لا الموكل يعني ان فارق
الوكيل صاحبه قبل القبض في السلم والصرف بطل لوجود الافتراق قبل القبض ولا
لمفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمعتبر قبض العاقد وهو الوكيل يصح قبضه وان لم
يتعلق به الحقوق بخلاف الرسولين في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت بالعقد
لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يصح
ولو قال بعني هذا لزيد اي لاجله فباع ثم انكر المشتري كون زيد آمره بعد
اقراره بقوله لزيد فلزيد اخذه ان لم يصدق زيد انكاره اي انكار المشتري
لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق لان الاقرار بالشيء
لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لزيد ليس نصا في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة
كالاجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك لاجل
شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة
في الشفعة وليس القرينة موجودة فيما نحن فيه فان صدقه فيه يعني ان صدق زيد انكار
المشتري وقال لم آمره لا يأخذه زيد جبرا ان اراد ان يأخذه لان اقرار المشتري ارتد برده
فلم يكن له ان يأخذه الا برضا المشتري فان سلمه المشتري اليه اي زيد صح لانه اذا سلم
واخذه زيد صار بيعا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلم المشترى
ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم مما يباع رطل بدرهم
لزم موكله رطل بنصف درهم عند ابي حنيفة لانه امره بشراء رطل ولم يأمره بشراء الزيادة
والمقصود هو المبيع لا الثمن فينفذ شراء الرطل للموكل والزيادة على الوكيل
وعندهما يلزم الموكل الرطلان بالدرهم لان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم
الى اللحم فظن ان سعره درهم والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء بما ظن نفعا للدافع
وليس على الوكيل في ذلك شيء لا سيما انه زاده خيرا وصار كما اذا وكل ببيع عبده
بالف فباعه الوكيل بالفين وقيد بقوله مما يباع رطل بدرهم لانه لو اشترى مما يباع
رطلا بدرهم يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان امره يتناول السمين وهذا مهزول
قال صاحب العناية وذكر في بعض نسخ القدوري قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل
ولو وكل بشراء عبدين بعينهما بلا ذكر ثمن فشرى احدهما جاز لان التوكيل مطلق
عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء وكذا ان وكل
بشرائهما اي بشراء عبدين بعينهما بالف وقيمتهما سواء فشرى احدهما بنصفها او بنصف الالف

اوباقل

او باقل يجوز لانه لما قابل الالف بهما وقيمتهما سواء ينقسم الالف بينهما نصفين دلالة
فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم شراء احدهما بخمسمائة موافقة وباقل منها مخالفة
لكن الى خير وان شرى احدهما باكثر من نصف الالف لا يجوز لانه مخالفة الى شر قلت
الزيادة او كثرت وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الشراء باكثر ايضا الا كما يجوز
او اقل ان كان شراؤه بما يتغابن فيه وقد بقي ما يشتري بمثله الآخر يعني ان اشترى احدهما
بخمسمائة وعشرة دراهم مثلا يجوز عندهما لان ما قيمته خمسمائة يتغابن الناس في زيادة
دراهم والباقي من الالف وهو اربعمائة وتسعون يمكن ان يشتري به مثل الآخر الذي
قيمته خمسمائة فان شرى الآخر بما بقي قبل الخصومة جاز اتفاقا لان الشراء الاول
باق وقد حصل غرض الموكل المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف والانقسام
بالسوية بطريق الدلالة فاذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة اتفاقا قال
الوكيل بشراء عبد غير عين اي غير معين بالف شريته بالف وقال الموكل شريته
بنصفه فان كان قد دفع الموكل اليه اي الى الوكيل الالف صدق الوكيل
في شرائه بالالف ان ساوى العبد المشترى الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والموكل يدعي عليه خمسمائة وهو منكر وان لم يساو الالف
بل يساوي خمسمائة صدق الموكل بلا يمين لانه امره بشراء عبد بالف والمأمور
اشترى بغبن فاحش فلم يتحقق الشراء ويلزم الوكيل فيضمن خمسمائة كذا في الهداية
وسائر الكتب بقي الفرق ولم يذكر المص هنا الثمن ولا بد منه
وان لم يكن دفعها الموكل الى الوكيل وباقي المسئلة بحالها فان ساوى العبد
نصفها صدق الموكل بلا يمين للمخالفة وان ساواها اي الالف تحالفا
لان الموكل والوكيل هنا كالبائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن فيجب التحالف
وينفسخ العقد والعبد للمأمور اي للوكيل في الصورتين قال صدر الشريعة
واعلم ان المراد بقوله صدق في جميع ما ذكر التصديق بغير الحلف وكذا في معين
لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا في ثمنه يعني اذا قال له اشتر هذا العبد لي
ولم يسم ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف تحالفا
لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما في
المسئلة الاولى ولا عبرة لتصديق البائع المأمور في الاظهر وقيل اذا صدق
البائع المأمور لا يتحالفان بل القول للمأمور مع اليمين لان الخلاف يرتفع بتصديق
البائع فلا يجب التحالف وهو قول ابي جعفر الهندواني لكن الاظهر انهما يتحالفان
وهذا قول الامام ابي منصور لان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وايضا هو اجنبي عن الموكل فلا يصدق عليه

فصل

لا يصح عقد الوكيل بالبيع او الشراء مع من ترد شهادته له كاصله وفرعه وزوجه وعرسه
وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركان فيه عند ابي حنيفة لان مواضع التهمة
مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان
المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه قالوا هذا اذا باع
بمثل القيمة او اقل او اشترى بمثل القيمة او باكثر واما اذا باع بازيد من قيمته او اشترى
باقل من قيمته يجوز اتفاقا وقالا يجوز عقده مع من ترد شهادته له بمثل القيمة الا
في العبد او المكاتب لان التوكيل مطلق لا قيد فيه عن التقييد ببعض دون آخر والمطلق
يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة
ههنا لان التهمة اما ان تكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود
اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطء جارية نفسه ولو لم يكن ملكه
متباينا عن ملك ابيه لكانت جارية مشتركة ولما حل له وطؤها ولا يحل للاب صح

وطئ جارية ابنه والمنافع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع
واما الثاني فلان التفسير بمثل القيمة ينفيه ايثارا المالية واذا وجد المقتضي
وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما لم يجز من عبده الذي
لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى والبيع من نفسه غير جائز
وكذا الكلام في حق المكاتب مكاتبه حتى لا يصح بيعه ولا تزويج عبده فصار كالعبد
وانما قلنا من عبده الذي لا دين عليه لان في المديون المستغرق يجوز لان علة عدم الجواز
لزوم البيع من نفسه لان ما في يده لمولاه والمديون ليس كذلك لتعلق حق الداين به
وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم كذا في الكافي قيل هذا اذا لم يقل الموكل
للوكيل بع ممن شئت ولو قال كذلك يجوز بيعه ممن ترد شهادته له اتفاقا وقال صاحب النهاية
ان الوكيل بالبيع اذا باع منهم ان كان اكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل
منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عنده ويجوز عندهما
وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة روايتان انتهى والوكيل بالبيع يجوز بيعه من غير
هؤلاء بما قل او كثر وبالعرض عند ابح وقالا لا يجوز الا بمثل القيمة وبالنقود
لا بالعرض لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات
فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بمثل القيمة وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل
بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة اي بايام البرد وايام الصيف وايام النحر
ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض كان
من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذلك بيع المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه
لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة في
الملك شراء قلنا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابح
ان التوكيل بالبيع مطلق والمطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول
كل ما يطلق عليه البيع والبيع بالغبن او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن
والى العين وعند ذلك لا يبال بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا لا يصلح دليلا
لاحد الخصمين بل المتنازع فيه يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فلا يتقيد بموضعها
فيندفع نزاعه او يظهر مكابرته والمسائل المذكورة وهي التوكيل بشراء الفحم آه ممنوعة عن
ابي يوسف على ذلك واما عند ابح فهي على اطلاقها ويجوز بيعه ان يبيع الوكيل بالبيع بالنسيئة
لما مر ايضا ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة ويجوز
بيع نصف ما وكل ببيعه يعني لو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح لان اللفظ مطلق عن قيد
الاجتماع والافتراق فيجري على اطلاقه ويجوز اخذه اي اخذ الوكيل بالبيع بالثمن كفيلا
او رهنا للاستيثاق فلا يضمن الوكيل ان توى ما على الكفيل او ضاع الرهن في يده
قال صاحب العناية قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان
الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا
وقيل التوى فيها هو ان يأخذ كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم عليه
ويموت الكفيل مفلسا يقول الفقير هنا وجه من لا وكين ثالث ان كان الوجه هو الثاني
لا يكون لقوله ما على الكفيل وجه الا بالتكلف وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل
في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء
ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل
بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه تصرف نيابة حتى
اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن
والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة لهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن
ولو وهب الوكيل الثمن من المشتري او ابراه منه او حط منه البعض الثمن جاز

عند ابح

عند ابح ومحمد لان الوكيل اصيل في العقد لانه عاقد لنفسه في حق من حقوقه ولهذا يرجع
اليه الحقوق فيملك الوكيل هذه الاشياء كالمالك ويضمن الوكيل لموكله لعقده لموكله في
الحقيقة وعند ابي يوسف لا يجوز هبته وابراؤه وحطه اذ لا ملك له ولا امر له فيه فلم
يجز وكذا الخلاف لو اجل الثمن او قبل [illegible] بالثمن حوالة قال قاضيخان ولم يذكر محمد
التأجيل في الاصل قيل يجوز التاجيل في قول ابي يوسف ايضا كما لو باع بثمن مؤجل
وقيل لا يجوز [illegible] اختار الصدر فخر الاسلام وكذا الخلاف لو اجله ولو اقاله الوكيل صح
اقالته وسقط الثمن عن المشتري ولزم الثمن الوكيل وعند ابي يوسف لا تصح اقالته و
لا يسقط الثمن عن المشتري يقول الفقير وقع في فتاوى قاضيخان في هذه المسئلة ما يحتاج
الى التأمل ان شئت فراجعه والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة وباقل منها وهو
لا يحتاج الى البيان وبزيادة يتغابن بها وهي الزيادة التي يتغابن بها ما يقوم به مقوم
من اهل الخبرة حتى لا يجوز شراؤه بغبن فاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه
فاذا لم يوافقه الحقه بغيره حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الامر لانه
لا يملك شراءه لنفسه قال الاتقاني قال خواهرزاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة
يتغابن الناس فيها فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب
واما فيما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما اذا زاد الوكيل بالشراء على
لا يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت قال سعدي افندي وفيه بحث في بيع التتمة و
وقال الزيلعي هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم
المقومين واما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل
ولو كان فلسا واحدا انتهى وقدر في هذا الغبن في العروض ده نيم يعني قدر نصف
درهم في عشرة وفي الحيوان ده يازده يعني قدر درهم في عشرة وفي العقار ده دوازده
يعني قدر درهمين في عشرة وحاصله اذا كان الغبن بزيادة نصف درهم في عشرة في
العروض ودرهم في الحيوان ودرهمين في العقار كان يسيرا لزم الامر وان زاد على
ذلك كان فاحشا لزم الوكيل وعن هذا قال لا بما لا يتغابن به يعني لا يجوز شراؤه
بالشراء بزيادة لا يتغابن الناس بها وهي ما يدخل تحت تقويم المقومين وقيل
بدرهم في عشرة في العروض ثلاثة وعلى هذا قياس الحيوان والعقار ولو وكل ببيع عبد
فباع نصفه جاز عند ابح لما مر ان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع والافتراق فيجري
على اطلاقه يقول الفقير قد ذكر هذه المسئلة مرة فيما تقدم بقوله وبيع نصف ما وكل ببيعه
فلا فائدة في ذكرها ثانية فان قلت ذكرها ثانية لتوطين خلاف الامامين والمسئلة التي
تليها وهي التوكيل بشراء عبد قلت لو ذكر خلاف الامامين والمسئلة التي تليها فيما
سبق او لم يذكرها فيما سبق اصلا وذكرها هنا جميعا كما وقع في الهداية لكان اسلم
التكرار جينا فتدبر وقالا لا يجوز لما فيه من ضرر الشركة والافتراق الا ان باع
الباقي قبل الخصومة فحينئذ يجوز لعوده الى الوفاق لان بيع النصف قد يقع وسيلة
الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي
قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع فلا يجوز وهو اي
جوازه ان باع الباقي قبل الخصومة استحسان عندهما ومعنى قوله قبل الخصومة يعني
قبل الاختصام الى القاضي ونقض القاضي البيع كذا في تعليقات سعدي افندي
وان وكل بشراء عبد فاشترى نصفه لا يلزم الموكل لما فيه من ضرر الشركة الا
ان اشترى باقيه قبل الخصومة اتفاقا لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الشراء الباقي
فينفذ الى الامر والفرق لابح بين البيع والشراء ان في الشراء يتحقق التهمة فلعله
اشترى النصف لنفسه فلما علم ان الشركة عيب اراد ان يحوله على الامر وفرق آخر وهو ان
الامر في البيع يصادف ملكه فيصح ويعتبر فيه الاطلاق فيملك الوكيل بيع العبد كله او بعضه

واما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق
ان تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه العرف وانوى ان يشترى العبد جملة و يقال
ان يقول هنا يقتضى ان لا يصح التوكيل بالشراء اصلا لان التوكيل بالشراء امر بالشراء
وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلا يصح والجواب ان القياس يقتضى ذلك
ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام فان النبى عليه الصلاة والسلام وكله بشراء الاضحية
واذا صح فلا بد من محل فجعلناه الثمن الذى فى ذمة الموكل لكونه ملكه وصرفناه الى
المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ابطالا ذلك القياس
والعرف من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى كذا فى العناية ولو رد المبيع على الوكيل
بعيب بقضاء ان بقضاء القاضى رده الوكيل على امره مطلقا ان كان قضاء
القاضى ببينة او باباء من يمين او باقرار فيما انه عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة
والقرن فى الفرج لان القاضى يتيقن بحدوث العيب فى يد البائع فلم يكن قضاؤه
مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها ان القاضى يعلم انه لا يحدث فى مدة شهر
مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه
الا النساء او الطبيب و قول النساء وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد
لان الرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة للرد حتى لو كان القاضى عاين
البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شىء منها والرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج
الوكيل الى رد وخصومة كذا فى الهداية قال صاحب البناية اذا كان الوكيل مقرا بالعيب
عليه فلا حاجة الى قضاء القاضى فما فائدة ذكر الاقرار قلت الكلام وقع فى الرد
على الموكل فاذا كان الرد على الوكيل باقرار بلا قضاء القاضى لا يرده على الموكل وان كان
عيبا لا يحدث مثله فى عامة روايات المبسوط فظهرت الفائدة انتهى
وكذا يرده على امره فيما انه عيب يحدث مثله فى هذه المدة ان كان بقضاء القاضى ببينة
او نكول عن اليمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار
عدم ممارسة المبيع فلزم الامر وان كان بقضاء القاضى باقرار الوكيل فلا يرده على امره
لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكان السكوت او الانكار حتى يعرض
عليه اليمين و يقضى بالنكول ولزم المبيع الوكيل لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة
او بنكوله فان قلت كيف يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل وقد حصل الرد باقراره
فكان بيعا جديدا فى حق الموكل قلنا الرد ما حصل باقراره وانما حصل بقضاء
القاضى على كره منه فلا يحتمل ان يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضى
فجعل فسخا ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث انه
فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله فان قلت كيف يكون
للوكيل حق الخصومة مع الموكل وقد حصل الرد باقرار الوكيل ومن حيث انه استند
الى دليل قاصر لزم الوكيل الا ان يتم حجته على الموكل وان كان المشترى رده
بنفسه باقرار الوكيل بغير قضاء والعيب مما يحتمل الحدوث فى هذه المدة
لزم الوكيل ولا يكون له ان يخاصم موكله بحال لان هذا فسخ بالتراضى
فكان فى حكم عقد جديد فى حق غيرهما والموكل غيرهما وصار فى حق
الموكل كان الوكيل اشتراه من المشترى ولو اشتراه منه لم يكن له ان يخاصم
الموكل وكذا هنا وان كان العيب مما لا يحدث مثله والرد بغير قضاء
باقراره لزم الموكل بلا خصومة فى رواية لانهما فعلا بانفسهما عين ما يفعله
القاضى لو ترافعا اليه لان الرد حق مستحق فى مثل هذا فان تعين الرد
صار تسليم الخصم و تسليم القاضى سواء وفى عامة الروايات ليس له
ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضى فصار كالبيع الجديد كذا فى الكافى

ولو باع

ولو باع الوكيل بنسيئة وقال الموكل امرتك بالنقد وقال الوكيل لا بل اطلقت امرت ببيعه ولم تقل شيئا
صدق الموكل لان الامر قد يكون مطلقا وقد يكون معينا ولا دليل على احد الوجهين والامر
يستفاد من جهة الموكل فكان القول له كما لو انكر الامر اصلا وفى المضاربة صدق المضارب
يعنى ان اختلف المضارب ورب المال فى ذلك فقال رب المال امرتك ان تعمل فى البر مثلا
وقال المضارب لا بل اطلقت فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال
الا ان فى العقد ما يخالفه وهو ان الاصل فى المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف
بذكر لفظ المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة
فى نوع والمضارب فى نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما
فنزل المخصصة ومنها الفعل للامر ولا يصح تصرف احد الوكيلين وحده فيما وكلا به
وهنا فى تصرف يحتاج فيه الى الراى كالبيع والخلع ونحوهما لان الموكل رضى برأيهما لا
برأى احدهما فاذا انفرد احدهما بطل غرضه اذ لا ينال برأى احدهما ما ينال برأيهما و
البدل وان كان مقدرا لكن تقدير الثمن يمنع النقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن
عند اجتماعهما لذكاء احدهما وهدايته او يختار احدهما مشتريا لا يماطل فى اداء الثمن
الا فى خصومة يعنى لو وكل وكيلين فى خصومة فلاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان
الاجتماع فيها متعذر لافضائه الى الشغب فى مجلس القضاء قال زفر لا يصح الانفراد
فى الخصومة لانه يحتاج فيها الى الراى ورأى الاثنين لا يكون كرأى الواحد ورضاه
برأيهما لا يكون رضى برأى احدهما كما فى البيع والشراء ولنا ان المقصود بين
الناس هو الانزجار بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحريا للصواب
اذ الانسان يبتلى بالغلط عند كثرة الجدال وفى الاجتماع اخلال بالاستماع ولما
وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما ولكن على
وجه لا تفوت فائدة توكيلهما وذا بان يشيرا الى رأيهما وانما ينفرد احدهما بالتكلم
ولا يشترط حضرة صاحبه فى خصومته و قيل يشترط ولا يقبض احدهما وحده لان
اجتماعهما على القبض ممكن والموكل رضى بامانتهما لا بامانة احدهما و لو فى اجتماعهما فى
على القبض والحفظ فائدة فانهما يتشاوران على دفع القاصد ما لا يقدر احدهما كذا فى
ورد وديعة وقضاء دين وطلاق وعتق لا عوض فيهما اى فى الطلاق والعتق اذ
لا يحتاج فى شىء منهما الى الراى بل هو تعبير محض وعبارة الواحد والمثنى سواء بخلاف
ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما
الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر
احدهما على التصرف فى ملك الاخر وانما قال لا عوض فيهما لان الطلاق والعتق
اذا كانا بعوض يحتاج فيهما الى الراى فلا ينفرد احدهما دون الاخر وليس للوكيل
ان يوكل غيره لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهنا
لانه رضى برأيه والناس متفاوتون فى الاراء فكان فى توكيل الغير اهانة الغير ما امره
الموكل للوكيل فلا يجوز الا باذن موكله لحصول رضاه او بقوله اى يقول الموكل
للوكيل اعمل برأيك لانه يكون فوض الامر الى رأيه مطلقا واجاز ما صنعه وتوكيل الثانى من صنعه
فيدخل تحت الاجازة فان اذن الموكل بالتوكيل فوكل الوكيل غيره كان الوكيل الثانى
وكيل الموكل الاول لا الثانى فلا ينعزل الوكيل الثانى بعزل ان عزل موكله اياه ولا
ينعزل ايضا بموته ان بموت موكله قال صاحب الفصول ينبغى ان يملك عزله لو قال
الموكل للوكيل اعمل برأيك فوكل غيره وينعزل لان الوكيل الاول والثانى بموت الموكل الاول
وقد مر تفصيله فى ادب القاضى حيث قال ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه ذلك
الى اخر ما ذكره ثم وان وكل الوكيل غيره بلا اذن من الموكل فعقد الوكيل الثانى بحضرة
ان بحضرة الوكيل الاول جاز عنده لان المقصود حضور رأى الاول وقد حضر

وكذا لو عقد الوكيل الثاني بغيبته اي بغيبة الاول فاجازه اي اجاز الوكيل الاول
عقد الثاني جاز لحصول رأيه ايضا او كان الوكيل الاول قد قدر الثمن للثاني فعقد الثاني بغيبته
لان الاحتياج فيه الى الرأي لتقدير الثمن وقد حصل بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر
الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري
على ما بيناه آنفا كذا في العناية يقول الفقير لا يخطر الاحتياج الى الرأي في تقدير الثمن في
صورة الوكيل الاول ايضا بل اختيار المشتري مما للرأي مدخل فيه والحاصل ان الوكيل الاول
وان كان قد قدر الثمن لكن يمكن ان يقال يحتاج الى الرأي في اختيار المشتري العزيز المماطل
تدبر والى ما ذكرنا اشارة في تعليقات سعدي افندي كتبته قبل النظر اليها والحمد لله
على ما علمنا ثم راجعتها فوجدت مطابقة فيها فلا تسأل يا اخي ما حصل لي من السرور عند موافقة
مطالعة الفقير بمطالعة مثل هذا الفاضل المحقق ولا يجوز لعبد او مكاتب
التصرف في مال طفله ببيع او شراء ولا تزويجه لانتفاء ولايتهما بالرق الا ترى ان
المعتوه لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر في حق طفله المسلم
لانتفاء ولاية بالكفر لان الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه وكذا الحربي
المستأمن والمرتد اذا مات على ردته اما الحربي فلانه ابعد من الذمي الا ترى ان شهادته على الذمي
لا تقبل فاذا لم يكن للذمي ولاية على بنته الصغيرة المسلمة فالحربي احق واما المرتد فان ولايته
على اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها تبتني على النظر وذا باتفاق الملة لانه داع
الى النظر وذا في الحال متردد فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما
فينفذ تصرفه واذا مات او قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فبطل تصرفه بخلاف
التصرفات في اكسابه فانها نافذة عندهما لان نفاذ الولاية تبتني على الملك وفي الملك قائم
ما دام حيا فلا توقف عندهما كذا في الكافي

لان التقرير لا يمنع استعمال ... راضيا بالتقرير
نزاع الشارح للسعدي

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة قد تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه
ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن او لان الخصومة
مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا الآية فاخر الوكالة بها عما ليس بمهجور
قال الفاضل سعدي افندي فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله
صلى الله عليه وسلم والصحابة للوكيل بالخصومة القبض عند ائمتنا الثلاثة
لان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض خلافا لزفر
لان القبض غير الخصومة لانها قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي
فيكون غيرها ولم يرض الموكل به دونه والفتوى اليوم على قول زفر
لظهور الخيانة في الوكلاء لفساد الزمان وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على
المال ومثله اي مثل الوكيل بالخصومة الوكيل بالتقاضي يعني ان الوكيل بالطلب مثل
الوكيل بالخصومة فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته
ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته منه الا ان العرف بخلافه
لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع
قال صاحب العناية وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي
اولى منه عند ابي حنيفة والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام
في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا
على العرف فلا يملك القبض قال سعدي افندي وفي نظره نظر لظهور تعلق المنع على
قوله لان الحقيقة مستعملة كيف والزيلعي وصاحب المحيط وغيره مصرحون
بانها مهجورة ونص عبارة الزيلعي معنى التقاضي الطلب في العرف فصار في معنى الخصومة
قال صاحب المغرب تقاضيته ديني وبديني واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي

يقول الفقير قال صاحب الاختيار والوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاجماع لانه
لا فائدة للتقاضي بدون القبض فيلزم التأمل في دعوى الاجماع مع ان الخلاف فيه مصرح
في سائر الكتب تتبع وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض عند ابي حنيفة حتى لو اقام
المدعى عليه بينة ان الدائن استوفاه منه او ابرأه يقبل بينته خلافا لهما وهو رواية عن ابي حنيفة
لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضا بالقبض
رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور
الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض
كما يكون خصما قبل الاخذ هناك فيملك اثباته كالوكيل باخذ الشفعة يكون خصما باثباتها
وانما قيد بقوله قبل القبض لانه بعد القبض لا يكون له الخصومة اتفاقا لكن هذا التفصيل
في سائر الكتب التي عندنا ولا بد منه واعلم انه يذكره غير المص لظهوره تدبر وللوكيل
باخذ الشفعة الخصومة قبل الاخذ بالشفعة اتفاقا حتى لو اقام المشتري البينة
بتسليم الموكل الشفعة تقبل وتبطل الشفعة واما بعد الاخذ بالشفعة فليس له
الخصومة وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة يعني له الخصومة حتى اذا اقام الموهوب له
البينة على اخذ الواهب العوض تقبل ويبطل الرجوع او بالقسمة يعني للوكيل بالقسمة
الخصومة حتى اذا وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه فاقام الشريك

البينة على الوكيل بان الموكل قبض نصيبه تقبل وبالرد بالعيب على البائع حتى اذا اقام البائع صح

البينة على الوكيل بان الموكل رضي بالعيب تقبل وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرة
اي بعد مباشرة الشراء يعني له الخصومة واما قبل مباشرة الشراء فلا يكون له الخصومة
وهنا قال صاحب الهداية وهذا ان الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة
من الوكيل بالشراء حتى يكون الوكيل بالقبض خصما قبل القبض كما يكون الوكيل
بالشفعة خصما قبل مباشرة الشراء ويكون خصما بعدها وليس للوكيل بقبض العين
الخصومة بالاتفاق لانه امين محض لا مبادلة هناك فاشبه الرسول فلو برهن
ذو اليد على الوكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه تقصر يد الوكيل عنه ولا يثبت
البيع فيلزم على ذي اليد اعادة البينة اذا حضر الموكل وهذا استحسان والقياس
ان يدفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد لانها قامت على غير خصم
وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى
لو حضر البائع تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقامها على ان الموكل
عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا ههنا كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة او العبد
يعني اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد على العتاق على الوكيل بنقلهما
الى موكله تقبل هذه البينة في قصر يد الوكيل عنهما حتى يحضر الغائب ولا يثبت
الطلاق والعتق لو برهنا اي المرأة والعبد عليهما اي على الطلاق والعتاق
بلا حضور الموكل وهذا استحسان ايضا والقياس ان لا تقبل في قصر اليد بل يجب
له نقلهما لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء
بالطلاق والعتاق لانها تتضمن الطلاق والعتاق ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل
لكنه ليس بخصم فيهما ولكنه خصم في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالطلاق والعتق
على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره واقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي
صحيح يعني اذا ثبت وكالة الوكيل بالخصومة فاقر على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر
باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي صح لا عند
غير القاضي يعني ان كان اقراره عند غير القاضي فشهد به شاهدان عند القاضي لا يصح
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فانه يصح اقراره عليه عنده وان اقر في
غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره في مجلس القاضي وفي غير مجلسه
وهو قول ابي يوسف اولا والقياس انه شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف

وأما شمول العدم كما هو مذهب زفر والشافعي والفضل بين مجلس القضاء وغيره استحسانا
ووجه القياس والاستحسان مذكور في الهداية وشروحها ان شئت فراجع
لكن لو برهن عليه ان الوكيل استوفى الدين قبل لا عند غير القاضي يقول الفقير
ولو قدمه على قوله خلافا لابي يوسف كما وقع في سائر الكتب لكان اولى تدبر
انه اقر في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة ولا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة
واقام على ذلك بينة لم تسمع لانه زعم مبطل في دعواه كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء
لا يصح ولا يدفع اليه اي الى الاب او الوصي المال يعني اذا ادعى الاب او الوصي شيئا
للصغير فانكر المدعى عليه فصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقراره لا يصح
ولا يدفع اليه المال يعني اذا ادعى الاب او الوصي شيئا للصغير فانكر المدعى عليه فصدقه
الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فان اقراره لا يصح ولا يدفع اليه المال لانه خرج من الولاية
والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقراره عما قاله المدعى عليه فكذلك فيما نحن فيه هو
ولا يصح توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه صورته كفل رجل بمال فوكله
صاحب المال بقبضه عن الغريم لا يصح لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صح هذا لصار عاملا
لنفسه في ابراء ذمته فانعدم ركن الوكالة وهو العمل للغير وينتقض بتوكيل الدائن المديون
بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير
واجيب بالمنع مستندا بما ذكره شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا على الطالب
بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا
في التوكيل بالقبض كذا في العناية وفيه اعتراض اخر مع جوابه ان شئت فراجعه
ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين امر بالدفع اليه يعني اذا ادعى رجل انه وكيل فلان
الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفع الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يدفعه
خالص ماله اذ الديون تقضى بامثالها فاداه المديون مثل مال رب المال لا عينه فكان تصديقه
اقرارا على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان صدقه صاحب الدين بعد ما حضر تم الامر
والا اي وان لم يصدقه امر الغريم بالدفع اليه اي الى صاحب الدين ايضا كما امر بالدفع
الى الوكيل لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الطالب الوكالة والقول في ذلك قوله مع
يمينه فلم يصح قبضه فبقي الدين في ذمة الغريم كما كان
ورجع به على الوكيل ان لم يهلك في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل
فله ان ينقض قبضه وان هلك في يده لا يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق
في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره كذا في الهداية وتحقيقه ان المديون
المصدق مظلوم في اخذ الدائن ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره اي لا يظلم المديون المظلوم الوكيل
المحق باعتقاده الا اذا كان الغريم ضمنه عند دفعه يعني الا انه اشترط عليه عند دفع الوكالة
الضمان عند دفع المال او دفع اليه المال على ادعائه غير مصدق في وكالته لانه لم
يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه
ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الامانة لا يؤمر بالدفع اليه يعني لو قال
اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لا يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر بمال الغير
وهو عين وفي الدين اقر بمال نفسه وهو دين وهو خالص ماله اذ الديون تقضى بامثالها
وكذا لو صدقه في دعوى شراء من المالك يعني لو ادعى انه اشترى الوديعة من مالكها وصدقه
المودع لم يؤمر بدفعها اليه لانه مهما كان حيا فالملك باق فلا يصدق في دعوى انتقاله
بالبيع ولا بغيره ولو صدقه في ان المالك مات وتركها اي الوديعة ميراثا له امر
بالدفع اليه لانه لما صدقه ثبت الموت فقد انتقل ماله الى الوارث فاذا صدقه في وراثته
مالكا فيؤمر بالدفع اليه يقول الفقير هذه المسئلة قد تقدمت
في مسائل شتى من كتاب القضاء فكان ذكرها هنا تكرارا تدبر

قال صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حتى يثبت
موته عند القاضي انتهى يقول الفقير كيف يحتاج الى الثبوت وما ثمة منكر اصلا
والاحتياج الى الثبوت بعد وجود المنكر تدبر ولو ادعى المديون على الوكيل بقبض الدين
استيفاء الدائن ولا بينة له امر بدفعه اليه قال صاحب العناية ذكر في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له على رجل مال فوكل وكيلا بقبض المال واقام
الوكيل البينة عليه فقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال
ثم اتبع رب المال واستحلفه قال صاحب الهداية لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة
لان وضع المسئلة في ثبوتها بالبينة والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر
الحق الى تحليف رب الدين فلا جرم يؤمر بدفعه اليه انتهى ما في العناية قال
سعدي افندي في قول صاحب العناية من قوله يعني بالبينة دفع الاعتراض المذكور
في النهاية ونص عبارته فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد ثبتت فانه لا دليل يدل على ثبوت
الوكالة ولو قيل بسبب دعاء المديون ان صاحب المال قد استوفاه وذلك لا يصلح دليلا
على صحة ثبوت الوكالة لان الدين اذا كان مستوفى من جانب رب الحق كان الوكيل
بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف يثبت الوكالة بهذا الدعوى قلنا لما ادعى الغريم
استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق الا انه ادعى كقول المدعى عليه قد
قضيتكها اقرار بالدين عند دعوى المدعي ذلك فلما ثبت الدين باقراره ولم ينكر
الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالاداء بينة كما لو ادعى
استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان اقرارا فيقضى عليه بالاداء فكذا عند
دعوى وكيله لان الوكيل قائم مقام الموكل انتهى وكذا قرره الزيلعي تبعا لصاحب
النهاية لكن الحق ما ذكر في شرح الاتقاني والاكمل نقلا عن الجامع الصغير انه
ثبت بالبينة انتهى ما ذكره سعدي افندي يقول الفقير وصاحب الدرر سلك مسلك
صاحب النهاية فقال ما قال لعل نظر الشريعة يتعلق بما ذكره صاحب العناية نقلا عن
الجامع الصغير تدبر ولا يستحلف الوكيل انه ما يعلم استيفاء موكله الدين
اذ لا تجري النيابة في الايمان فان قيل اذا طلب الوارث دين مورثه وادعى الخصم
الورثة كان قبضه وطلب يمين الوارث فانه يحلف مع انه نائب عن مورثه اجيب
بان الوارث اصيل لا نائب اذ الحق له وقال زفر احلفه على العلم فان نكل خرج عن
بل يتبع الغريم بعد ما دفع الى الوكيل المال رب الدين ويستحلفه انه ما استوفى
فان حلف مضى على الاداء وان نكل يتبع الغائب فيسترد منه ما قبض ولو ادعى
البائع على وكيل الرد بالعيب ان موكله رضي به اي بالعيب لا يؤمر بدفع الثمن
قبل حلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه
الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ
ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة فيصح القضاء ولا يستحلف المشتري بعده لانه لا يفيد اذ لا يجوز
فسخ القضاء وليس في مسئلة الدين قضاء بل امر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه
امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم بلا نقض القضاء قال محمد الكرماني وفيه ان القضاء
الزام على الغير ببينة او اقرار او نكول ولا يخفى ان الامر بالتسليم عين الالزام انتهى
ومن دفع اليه رجل اخر عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم اي على اهله
عشرة اخرى من عنده فهي بها استحسانا والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف
لان الدراهم تتعين في الوكالات فرقة على الوكيل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق
وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل
بالشراء يملك العقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر

باب عزل الوكيل

وجه تاخير باب العزل لا يحتاج الى البيان

للموكل عزل وكيله لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به اي بالتوكيل حق الغير
كوكيل الخصومة بطلب الخصم وصورته ان يقول له اي اخاف ان تغيب فوكل
وكيلا ان غبت اخاصمه فيقضي لي عليك فوكل وكيلا فانه حق تعلق بهذه الوكالة حق
الطالب فلا يمكن عزله الا بعلمه كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه او وضع
عند رجل عدل وجعل المرتهن او العدل مسلطا على بيعه عند حلول الاجل ثم عزل
الراهن المسلط على البيع فانه لا يصح لان البيع صار حقا للمرتهن لا للراهن
وبالعزل يبطل هذا الحق وتوقف انعزاله اي انعزال الوكيل على علمه ثم فرع عليه بقوله
فتصرفه اي تصرف الوكيل قبله اي قبل العلم بانعزاله صحيح وقال الشافعي لا يشترط علمه
فينعزل وان لم يبلغه الخبر لان الموكل بالعزل يسقط حق نفسه والانسان يتفرد باسقاط حق نفسه
كالطلاق والعتاق ولنا ان في انعزاله بغير علمه اضرارا به لانه ربما يتصرف بناء على انه
وكيل ثم يظهر انه غير وكيل فيلحقه عهدة وضمان لانه انما نقد مال الموكل بغيمنه فيتضرر به ولان
العزل خطاب ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب
ما لم يعلم به كخطابات الشرع فلا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه
ويستوي فيه الوكيل بالنكاح والطلاق وتبطل الوكالة بموت الموكل يقول الفقير
وقعت عبارة الوقاية والكافي هكذا وتبطل بموت احدهما ولما لم يكن لذكر الوكيل
هنا فائدة تركه المص وقال بموت الموكل كما قال صاحب الدرر وتركه
ويمكن ان يقال ان مراد صاحب الكافي والوقاية انه اذا مات الوكيل بطلت وكالته
ولم يورثها وارثه تدبر وجنونه يقول الفقير الظاهر ان ضميره راجع الى الموكل
لكن لو قال وجنون احدهما كما قال صاحب الدرر لكان اشمل والى تعويد جنونه
مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها وشرط الاطباق
لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء فلا يبطل بقليله الوكالة وحده اي حد المطبق
شهر عند ابي يوسف روى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي اعتبارا بما يسقط به الصوم
وحول كامل عند محمد وهو المختار لان استمراره حولا مع اختلاف فصول الاربع
اية استحكامه على انه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة واما ما دون الحول
فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت وروي عن ابي انه مقدر باكثر
من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس وبلحاقه اي لحاق الموكل
بدار الحرب مرتدا لان تصرفات المرتد موقوفة عند الامام فكذا وكالته لانها من جملتها
فان اسلم نفذ تصرفاته وبقي وكالته وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة عنده
خلافا لهما فان تصرفاته نافذة عندهما ولا يبطل الوكالة بلحاقه الا ان يموت او
يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر لحاقه وقد مر في السير ان لحوق الوكيل
بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما عند محمد واما عند ابي يوسف
فلا يعود وكالته كذا في الهداية ودليل كل منهما فيه قال صاحب العناية واشار صاحب الهداية
بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض
بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا وكذا يبطل وكالته
بعجز موكله حال كونه مكاتبا عن اداء بدل الكتابة وحجره اي حجر الموكل حال كونه عبدا
ماذونا لان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر ولا فرق فيه
بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل
ثم انهم قالوا انما يبطل توكيل المكاتب والماذون اذا وكلا في العقود
والخصومات لا في قضاء الدين واقتضائه لان العبد مطالب بايفاء ما وجب
وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله
على الوكالة لان وكيله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بما شرته هـ

وافتراق

اي يتوقف انزال الوكيل على علم الوكيل بعزله ويتوقف ابتدا الحكم فافهم ٥

لمحرره

وافتراق الشريكين اي ويبطل الوكالة بافتراق الشريكين يعني لو وكل احد الشريكين
ثالثا في التصرف في مال الشركة فافترقا تبطل الوكالة وانما قلنا احد الشريكين
لانه اذا وكل الشريكان ثالثا صريحا فافترقا لا ينعزل كما صرح به في بعض شروح الهداية
قيل هنا ينبغي ان يكون المراد من بطلان الوكالة بالافتراق بطلانها في حق الشريك الاخر
الذي لم يوجد عنه الوكالة صريحا وانما كان وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا يبقى وكيلا عنه
ويبقى وكيلا عن الاخر الذي وكله صريحا هنا انما كانت الوكالة
عند عقد الشركة اذ لو صرحا بالاذن في التوكيل لا يبطل الوكالة بالافتراق ويحتمل
ان يكون المراد ان كل واحد من الشريكين وكيلا عن الاخر على ما هو مقتضى الشركة فاذا
انفسخت الشركة بطل ما في ضمنها من الوكالة فينعزل كل منهما عن كونه وكيل الاخر فان قيل
كيف يصح هذا الوجه ولا ينعزل احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه فكيف يتصور
ان ينعزل قلنا يحمل هذا على ما اذا هلك المالان او احدهما قبل الشراء فانه يبطل به الشركة
فيبطل الوكالة التي في ضمنها علما بذلك او لم يعلما لانه عزل حكمي فان قلت على الوجه الاول
كيف صح توكيل احد الشريكين ولا يصح توكيل الوكيل الاول بالموكل ولم يوجد على ما هو مفروض
المسئلة قلت هذا في الوكالة القصدية واما في الوكالة الثابتة في ضمن الشركة
فيصح توكيل الوكيل به من اذن الموكل كذا في ابن الملك نقلا عن الكفاية وتصرف الموكل
فيما وكل به تصرفا يعجز الوكيل عن الامتثال به كما اذا وكله باعتاق عبده او كتابته
او تزويج امراة او شراء شيء او طلاق او خلع او بيع عبده فاعتق او كاتب او زوج
او اشترى او طلق ثلاثا او واحدة ومضت عدتها او خالعها او باع بنفسه فان
الموكل فعل واحدا منها بنفسه عجز الوكيل عن ذلك الفعل فيبطل الوكالة ضرورة حتى انه
اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة لامكان تنفيذ ما وكل به ولو تزوجها بنفسه
وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لزوال الحاجة بخلاف ما لو زوجها الوكيل وابانها حيث
يكون له ان يزوج الموكل لان الحاجة باقية يقول الفقير وبهذا التحقيق ظهر الجواب
عما استشكل بعضهم في ان السلطان الاعظم لو وكل بعضا من عبيده بتوجيه المناصب
العلية ثم انه لو وجه بعض المناصب لبعض العلماء بنفسه هل يكون تصرفه بنفسه عزلا
للوكيل ام لا وبيان ظهور الجواب انه لا يكون عزلا للوكيل لان الوكيل لا يعجز عن توجيه المناصب
بتوجيه السلطان بنفسه وهو ظاهر وهذا مع ظهوره قد خفي على بعض من ادعى العلم
فقال ما قال وماذا بعد الحق الا الضلال ولا يشترط في الموت وما بعده
من الجنون واللحاق وعجز المكاتب وحجر الماذون وافتراق الشريكين وتصرف
الموكل فيما وكل به علم الوكيل لانه عزل حكمي والعلم شرط للعزل القصدي
لا الحكمي كذا في جميع الكتب قال يعقوب باشا وهنا كلام وهو ان في الكافي
مسئلة تدل على اشتراط العلم في العزل الحكمي ايضا وهو قوله في اخر كتاب الوكالة
ولو وكله لا لف بضاعة في الثياب الى الري فاشترى به ثيابا في الري وحملها الى مصر
فهو متطوع ولو اشترى بالبعض وحمل الثياب بالبعض صح ولا يضمن الا ان ينهاه الا
ويموت قبل ان يشتري ويعلم به لانه انعزل بموته ولا فرق بين صورة وصورة
على ان حكمهم بعلمه مطلق كما لا يخفى مع انهم عللوا اشتراط العلم
في العزل القصدي بان في انعزاله بغير علم يتضرر الوكيل لانه يصير مغرورا
فيتصرف على زعم الوكالة فيتضرر والظاهر انه لا فرق في هذه العلة بين القصدي
والحكمي كما لا يخفى وبحث عدم الاعتبار في الحكمي لعدم كونه مقصودا بعيد فليتأمل انتهى

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة

بها

كل

قال مولانا الفاضل الشهير بمصنفك في كتاب الحدود والاحكام هٰهنا مقامات
الاول في تصحيح هذا اللفظ لغة مع تصحيح تعريفه والثاني في بيان معناه لغة وشرعاً وبيان حكمه
اما الاول فهو ان لفظ الدعوى اسم بمعنى المصدر يقال ادعى زيد على عمرو مالاً فزيد
هو المدعي وعمرو هو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به لغو والمصدر الادعاء
والاسم الدعوى والفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى صحيحة او باطلة وجمعها
دعاوى بفتح الواو كفتوى وفتاوى كذا في المغرب واما الثاني فهو ان الدعوى في اللغة
هو الاخبار مطلقاً وفي الشريعة اخبار بحق له على غيره بحضرته في مجلس القضاء فلا بد
من التقييد بالحضور والا لم يكن هذا دعوى شرعية ولا بد من مجلس القضاء اذ الدعوى لا تصح
في غير مجلس القضاء وان وقعت في غير مجلسه لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي وقد يجعل
مجلس القضاء شرطاً لا ركناً واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم لان حكم الشيء اثره المترتب
انتهى ما ذكره المولى المسعود ثم اعلم انها مشروعة بالكتاب والسنة واجماع الامة
اما الكتاب فقوله تعالى في قصة داود عليه السلام وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب
روي عن علي رضي الله عنه في تفسير فصل الخطاب انه البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
وهذا وان كان شريعة من قبلنا يلزمنا على انه شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم
ما لم يرد به النسخ واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية اختصم رجلان اليه في فرس فاقام
كل واحد منهما البينة انه نتج في ملكه وانه لم يبع ولم يهب فقضى بينهما واما
الاجماع فظاهر كذا في البيانية هي اي الدعوى في الشريعة اخبار بحق له على غيره
يقول الفقير لم يقيده بالحضور ولا بكونه في مجلس القضاء كما قيده بهما المولى الشهير
بمصنفك على ما نقلناه عنه انفاً اما عدم تقييده بالحضور فلئلا يخرج
من التعريف بلا تكلف الدعوى الصادرة عن صاحب كتاب القاضي الى القاضي
في مجلس القاضي الكاتب فانه دعوى صحيحة حتى يكتب في الكتاب عند الاستشهاد المسبوق
بالدعوى الصادرة الصحيحة الى آخره مع انه اخبار بحق له على غيره وليس بحاضر
واما عدم تقييده بمجلس القضاء فلانه جعله شرطاً لا ركناً على ما جعله بعضهم كذلك
كما اعترف به المولى المسعود تدبر والمدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعى عليه من يجبر عليها
قيل الدعوى لا تتحصل الا من مدع ومدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى
عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في الفرق بينهما قال بعضهم
ينظر الى المنكر منهما فايهما كان منكراً فهو مدعى عليه والاخر مدع وقال بعضهم كل من ادعى
باطناً ليزيل به ظاهراً فهو مدع فكل ما ادعى ظاهراً او قرار الشيء على هيئته فهو منكر
كما اذا ادعى عيناً في يد رجل وانكر صاحب اليد فالخارج مدع لانه يدعي باطناً
ليزيل به ظاهراً لان اليد يدل على الملك في الظاهر لدفع الاستحقاق وصاحب اليد
منكر لانه يدعي قرار يده وملكه على ظاهره وكذلك اذا ادعى ديناً فهو المدعي لانه يدعي
شغل الذمة في الظاهر فارغة والاخر منكر لانه يدعي ظاهر الشيء وهو فراغ الذمة
وقال بعضهم المدعي هو انه اذا ترك دعواه ترك والمدعى عليه هو الذي اذا ترك دعواه
لا يترك وقال بعضهم كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يده لنفسه
فهو مدعى عليه وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يده لغيره فهو مقر
وقال شمس الائمة المدعي لغة من يقصد ايجاب الحق على الغير وفي عرف الشرع من لا يجبر على
ولا بينة وان لم يحج فان القاضي يسميه قبل اقامة البينة مدعياً واما بعد اقامة البينة
يسميه محقاً ويقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه
وسلم مدعي النبوة لانه عليه الصلاة والسلام قد اثبتها بالمعجزة وقال بعضهم
المدعي من يتمسك بما ليس بثابت والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت

اي حضرة ذلك الغير معه في مجلس القضاء كذا قيل

فان

فان قيل يشكل هذا بالمودع اذا قال رددت الوديعة وقال رب المال لم ترد كان المودع
منكراً حتى كان عليه اليمين وصاحب المال مدعياً وهو متمسك بما هو ثابت وهو عدم
والمودع ادعى ما ليس بثابت وهو رد الوديعة فالجواب ان المودع وان ادعى
ما ليس بثابت من حيث الصورة وهو الرد فقد تمسك بما هو ثابت من حيث المعنى
وهو فراغ ذمته من الضمان فانه بما قال يدعي فراغ ذمته عن الضمان وفراغ ذمته
عن الضمان اصل وصاحب المال وان تمسك بما هو ثابت من حيث الصورة وهو
عدم الرد فقد تمسك بما هو ليس بثابت من حيث المعنى وهو شغل ذمة المودع
بالضمان والعبرة للمعنى كذا في البيانية ولا تصح الدعوى الا بذكر شيء علم جنسه
كالدراهم والدنانير والحنطة وغيرها وقدره مثل كذا او كذا درهماً او ديناراً او كراً
لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان
المدعى ديناً اي حقاً في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه به لان المطالبة حقه فان ما في
الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة وان كان عيناً نقلياً اي منقولاً ذكر المدعي
انها اي العين في يد المدعى عليه بغير حق فان الشيء قد يكون في غير الملك بحق كالرهن
في يد المرتهن والمبيع في يد البايع لاجل قبض الثمن قال صدر الشريعة هذه العلة تشمل
العقار ايضاً فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم قال صاحب الدرر دراية
وجهه موقوف على مقدمتين مسلمتين احديهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي
اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصماً اذا كان في يده والثانية الشبهة معتبرة
يجب نفيها لا شبهة الشبهة كما قال ان شبهة الربا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة
اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول
فانه مشاهد فوجب دفعها في دعوى العقار باثباته بالبينة لتصح الدعوى وبعد
ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا تعتبر واما اليد في المنقول
فلكونه مشاهداً لا يحتاج الى الاثبات لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها
لتصح الدعوى الحمد لله الهادي على سواء السبيل وحسبنا الله ونعم الوكيل
انتهى قال يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه قد صرح في الهداية والشروح بانه
لا بد من المطالبة بانه في يده بغير حق في العقار ايضاً لزوال احتمال كونه رهناً او
محبوساً بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا ذلك الاحتمال واوجبوا دفعه في العقار
ايضاً وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر
تدبر انتهى يقول الفقير خطر ببال الفقير قبل ما رايته والله اعلم بحقيقة الحال
وفي تعليقات سعدي افندي تفصيل متعلق بهذا المقام ان شئت فراجعه
وانه اي المدعي يطالب اي المدعى عليه بها اي بالعين ولا بد من احضارها اي العين
المنقولة ان امكن الاحضار ليشار اليها عند الدعوى وعند الشهادة
او الحلف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذا في المنقولات بالاشارة لانها ابلغ
اسباب التعريف حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى مثلاً حضر الحاكم
عندها او بعث اميناً كذا في الدرر يقول الفقير فيه كلام تدبر وقال صاحب الاصلاح
والايضاح وهي انما تصح في المعين المنقول ان الذي يحتمل النقل بالاشارة اليه
فعلى الغريم احضاره مجلس القضاء الا اذا تعسر بان يكون في نقله مؤنة وان قلت
فحضر الحاكم عنده او بعث اميناً انتهى يقول الفقير ولقد احسن لله دره حيث لا يتوجه
عليه كلام اصلاً تدبر وان تعذر نقلها اي العين بان كانت هالكة او غائبة يذكر
قيمتها لتصير معلومة لان غير المدعي يتعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف
فاشترط بيان القيمة لانها شيء تعرف العين بها لكنها وقال
ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة هو

قال النسفي في الكافي قال القاضي وصاحب الذخيرة وان كان العين غائباً وادعى انه في يد المدعى عليه فانكر ان بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصب مني عيناً كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به انتهى وقال الزيلعي في شرح الكنز فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضاً بل اولى لانهم ابعد عن ممارستها انتهى وصاحب البداية رحمه الله لم يذكر هنا فصل التفصيل وبسط الكلام بعض البسط فلا بد لنا ان نذكره وههنا اعلم ان الدعوى لا يخلو اما ان تقع في الدين او في العين فان وقعت في العين فلا يخلو اما ان كان عقاراً او منقولاً فان كان منقولاً فلا يخلو اما ان كان قائماً او هالكاً فان ادعى منقولاً قائماً فان امكن احضاره في مجلس الحاكم فالقاضي لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة الشهود الا بعد احضاره ووقع فيه الدعوى مجلس الحكم حتى يشير اليه المدعي والشهود لينقطع الشركة بين المدعى وغيره ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتهيأ له الحضور وكان مأذوناً بالاستخلاف يبعث خليفة الى ذلك الموضع ونظيرها اذا كان القاضي في دار ووقعت الدعوى في جمل لا يسع في باب دار او يأمر به حتى يخرج اليه يشير اليه الشهود بحضرته وان كان المدعى شيئاً يتعذر نقله كالرحى فالحاكم بالخيار ان شاء حضر وان شاء بعث اميناً وهذا انما يستقيم اذا كان العين المدعى في المصر واما اذا كان خارج المصر كيف يقضي القاضي والحرج الدعوى لجواز القضاء ظاهر الرواية لكن الطريق فيه ان يبعث واحداً من اعوانه حتى يسمع والبينة ويقضي ثم بعد ذلك يمضي قضاءه وان كان القاضي في المسجد والمدعى دابة يأمر بادخال الدابة في المسجد فان ادخال الدابة في المسجد عند وقوع الحاجة جائز الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت على ناقته وجعل يستلم الاركان بمحجنه والطواف بالبيت انما يكون في المسجد الحرام فلما جاز ادخال الدابة في المسجد الحرام مع ان حرمة المسجد الحرام فوق حرمة سائر المساجد فلان يجوز ادخالها في غيره من المساجد اولى والصحابة رضوان الله عليهم اجمعين لم يمنعوا الدواب في الطواف وان كانت الدابة بحيث لو وقفت على باب المسجد يقع بصر القاضي عليه ويحصل الاشارة اليه فانه لا يدخلها المسجد لانه لا يؤمن مما يكون منها وقد امرنا بتطهير المساجد والعلة ضعيفة لان المقصود يحصل بدون الادخال في المسجد واذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج الى ذكر الانوثة والذكورة اختلف المشايخ وذكر صدر الشهيد لا بد من ذكر الانوثة والذكورة ولا بد من بيان السن ومن المشايخ من قال لا يلزم انتهى وفي العقار لا يحتاج الى ذكر بغرض بل ذكر انه يطالبه وانه في يد المدعى عليه فقد ذكرنا انفاً ما يتعلق وهل يحتاج فيه الى هذا القول ام لا فلا نعيده ولا يثبت اليد فيه اي في العقار بتصادقهما على انه في يده بل تثبت اليد فيه ببينة بان يشهد الشهود انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم تقبل او علم القاضي انه في يده وانما لا يثبت بتصادقهما نفياً لتهمة المواضعة لان العقار ربما يكون في يد غيرهما فهما يتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فيكون القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة على ما مر كذا في العناية

قال مولانا

قال مولانا الفاضل سعدي افندي اقول فيه بحث اذ لا حكم هنا من القاضي للمدعى عليه ولو سلم فقضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا فساد في نقض قضاء الترك الا يرى انهما اذا ترافعا الى القاضي وعجز المدعي عن البينة فحلف المدعى عليه ترك المدعى في يده ثم اذا جاء المدعي بشهود يؤخذ منه انتهى وقال ابن البزازي في فتاواه من اوائل الفصل الخامس في نوع من الخامس عشر ذكر الصدر الشهيد في الفرق بين المنقول والعقار ان المنقول لو كان قائماً فلا بد من احضاره فيعاينه الحاكم ثم ولو هالكاً فقيمته يلزمه الضمان على نفسه واقراره على نفسه حجة وفي العقار تهمة المواضعة ثابتة لانه ليس في يد المالك حقيقة بل اليد عليه بالحكم فربما يتواضع المدعي مع غير المالك حتى يقر باليد ويقيم عليه شهوداً زوراً فيما مع المدعى عليه ويتصل به الحكم ثم يحتج على المالك بحكم القاضي عند قاض اخر ويبرهن عليه فان القضاء من اسباب الملك مطلق للشاهد الاداء بانه ملكه بحكم الحاكم ولو فرض ايضاً على الحاكم ان يقبل فصل الحكم من قصر معاينة اليد حتى لو فسره بانه يشهد له بالملك بناء على اليد لا تقبل وهذه التهمة في المنقول منتفية لان المنقول يكون في يد المالك حقيقة فلا يتصور فيه تلك التهمة لان المالك لا يمكن من النقل والاحضار بين يدي الحاكم فلا يرد ما اعترض عليه بعض الشروح من كون تهمة المواضعة متصورة في العين ايضاً انتهى ما ذكره ابن البزازي بتمامه التفريع دل ان البزازي لا يتجه عليه ما اورده الفاضل سعدي افندي حيث بين تهمة المواضعة في العقار بوجه لا يرد عليه شيء تدبر وفي الصحيح وعند بعض المشايخ يكفي تصديق المدعى عليه انه في يده ولا يحتاج الى اقامة البينة فانه اذا كان في يده واقر بذلك فالمدعي يأخذ منه ان اثبت ملكه بالبينة او باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين وان لم يكن في يده لا يكون للمدعي ولاية الاخذ من ذي اليد وان اقام بينة لانها قامت على غير خصم فعلم انه انما اقر ذو اليد باليد فان الضرر لا يلحق الا بذي اليد ويلحق بغيره فتهمة المواضعة مدفوعة على ان تهمة المواضعة ان كانت ثابتة ههنا ففي صورة اقامة البينة ثابتة ايضاً فان العقار اذا كان امانة في يد رجل فتواضع المدعي وذو اليد على ان ذا اليد لا يقر انه امانة حتى يقيم المدعي بينة على انه في يد ذي اليد ثم يقيم بينة على انه ملكه فيقضي المدعى عليه ولا يتقيد بكون البينات صادقة او كاذبة فيقضي القاضي ويأخذ المدعي العقار من المدعى عليه والحاصل انه اذا ظهر انه في يد ثالث وذو اليد اقر انه في يده لا يصير الثالث محكوماً عليه وكذا اذا ظهر ان يد ذي اليد يد امانة لا خصومة كذا في صدر الشريعة ولا بد فيه اي في العقار من ذكر المحلة والبلد والمحلة ويبدأ بذكر البلدة لانه اعم ثم بالمحلة التي فيها العقار ولا بد من ذكر الحدود الاربعة في الدعوى والشهادة واسماء اصحابها اي اصحاب الحدود ونسبهم الى الجد يعني لا بد من ذكر اسماء اباء اصحاب الحدود واسماء اجدادهم لانه ابلغ في التعريف وفي لزوم ذكر الجد خلاف ابي يوسف وفي الرجل المشهور يكتفى بذكره مثل الحاجي وابن ابي ليلى فانه يستغنى عن ذكر اسماء الاباء والاجداد فان ذكر يقول الفقيه ابو الليث وان ذكر بالواو ثلاثة حدود وترك الرابع صح لان للاكثر حكم الكل وقال زفر لا يصح وان ذكر الحد الرابع وغلط فيه اي في الحد الرابع لا يصح لان المدعى يختلف به بخلاف تركه قال صاحب العناية واذا كان المدعى عقاراً فلا بد من ثلاثة اشياء تحديده وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام باقصى ما يمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم ذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفاً انتهى

قال المولى سعدى افندى اخى ب قال الاتقانى نقلا عن الفصل الثانى من فصول الاستروشنى اذا وقعت الدعوى فى العقار لابد من ذكر البلدة التى فيها العقار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر البلدة ثم بذكر المحلة اختيارا لقول محمد بن حسن لان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم الى الاخص انتهى وفى الدرر لابد من التحديد ايضا وان كانت مشهورة عند ابى ح وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وله ان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد ٠ واذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضى الخصم عنها اى عن الدعوى لتصح وجه الحكم ٠ اذ الحكم بالبينة يخالف الحكم بالاقرار ومعنى سؤاله ان يقول لخصمه ادعى عليك كذا وكذا فماذا تقول فان اقر الخصم حكم عليه اى على الخصم لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عن موجب ما اقر قال صاحب الدرر فان لزم القاضى موجبه لم يقل قضى او حكم لما قال فى الكافى ان اطلاق القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضى الزاما للخروج عن موجب ما اقر بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها انتهى يقول الفقير القضاء فى الشرع الزام على الغير ببينة او اقرار او نكول فكان الزام القاضى المقر بالخروج عن موجب ما اقر به قضاء حقيقة شرعية لا توسع فيه والى ما ذكرنا اشار فى كلام الفاضل الواقى فى باب الوكالة فى الخصومة والقبض فتبصر وان انكر الخصم سأل القاضى المدعى البينة لان النبى صلى الله عليه وسلم قال للمدعى بعد ما انكر الخصم الك بينة قال لا فقال لك يمينه سأل عليه السلام ورتب اليمين على عدم البينة فلا بد من السؤال عنها ليتمكن من الاستحلاف كذا فى الهداية قال مولانا الفاضل سعدى افندى نقلا لرواية فى المصابيح فلك يمينه بالفاء وهنا اظهر فى الدلالة على الترتيب فان اقامها اى البينة قضى بها لانه نور دعواه بالبينة فهى فعيلة من البيان لا مهاد لانه واضح يظهر بها الحق من الباطل فقيل فعيلة من البين لانها يقع الفصل بين الصادق والكاذب كذا فى الكافى والا اى وان لم يقمها بل عجز عن اقامتها حلف القاضى الخصم لما روينا ان طلبه اى التحليف الخصم اى المدعى لان اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه اذ الاضافة الى المدعى بحرف اللام المقتضية للاختصاص حيث قال لك يمينه تنصيص على ان اليمين حق المدعى والفقه فيه كونه حقا ان المنكر قصد اتواء حقه على زعم المدعى بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفس المنكر باليمين الكاذبة وهى الغموس ان كان كاذبا كما زعم المدعى فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع وهو اعظم من اتواء المال ثم انهم قالوا يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم ان كان صادقا يقول الفقير ومن هنا تبين ان اباء بعض المتزهدين المتقشفين من الحلف صادقا زعما منه انه لا يحلف ابدا وان كان صادقا ليس بشىء لانه اذا كان يحصل الثواب بذكر اسم الله تعالى صادقا فلا معنى للاباء عن الثواب فان حلف انقطعت الخصومة لقوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه ليس لك غير ذلك فى اخر الحديث الذى روينا حتى تقوم البينة فتقبل ان اقامها بعد الحلف قال صلى الله عليه وسلم اليمين الفاجرة احق ان ترد بالبينة العادلة ولان طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال انها غائبة او حاضرة فى البلد ولم تحضر ولان اليمين بدل البينة فاذا قدر على الاصل بطل حكم الخلف كذا فى الاختيار قال صاحب الدرر وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعونها بعد اليمين يقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تبطل بينة المدعى وهذا القول ليس بشىء لان عمر رضى الله عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد بالبينة العادلة ٠ وهو ظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ذكره الزيلعى ٠ انتهى ما فى الدرر

وان نكل

وان نكل عن اليمين مرة اى قال لا احلف او سكت بلا آفة من طرش او خرس فان السكوت بلا آفة يكون حكما فقضى القاضى بالنكول صح قضاؤه لان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فترك هذا الواجب بالنكول دليل على انه باذل او مقر والا لاقدم على اليمين تقصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه ببذل المدعى او الاقرار والحال ان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة قال صاحب البناية اعلم ان الروايات اختلفت فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا سكت سأل القاضى عنه هل به خرس او طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس والاول هو الصحيح ٠ وعرض اليمين عليه ثلثا بان يقال ان لم تحلف احكم عليك ثم القضاء على تقدير نكوله احوط لاحتمال ان يحلف بعد مرة او مرتين ولا عبرة بعد القضاء بقوله احلف لانه ابطل حقه بالنكول فلا ينقض به القضاء ويعتبر قوله احلف قبل الحكم ولو بعد العرض ثلاثا اذ لا يكون فيه نقض القضاء ولا قضاء اخر ولا ترد يمين على مدع وان نكل خصمه وعند الشافعى اذا لم يكن للمدعى بينة اصلا وحلف القاضى المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعى فان حلف قضى واله انقطعت الخصومة بينهما لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكول المدعى عليه فيعتبر يمينه كالمدعى عليه ولا يقضى بشاهد ويمين وعند الشافعى اذا اقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد اخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشىء لانه صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه بالنكول لقوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعى واليمين على من انكر ومطلق التقسيم يقتضى انتفاء مشاركة كل واحد منهما فى قسم صاحبه فيدل على ان جنس الايمان فى جانب المدعى عليه ولا يمين فى جانب المدعى اذ اللام فى اليمين للاستغراق فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعى فقد خالف النص وحديث الشاهد واليمين غريب واول من قضى به معاوية رضى الله عنه وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار فى حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين قد رده كذا فى وحديث الخصم ضعفه الطحاوى ولا يحلف فى نكاح بان ادعى رجل على امرأة نكاحا او هى عليه والاخر منكر ورجعة بان ادعت عليه او هو عليها بعد العدة انه راجعها فى العدة وانكر الاخر وفىء بان ادعى المولى عليها او هى عليه بعد المدة انه فاء فى المدة وانكر الاخر وايلاء يقول الفقير هكذا وقع فى النسخ التى رايناها بالواو لكن الواقع فى الهداية والمختار وفتاوى قاضيخان والنقاية فى الايلاء والواقع فى الدرر وصدر الشريعة وفى ايلاء والواقع فى الكنز ومجمع البحرين والكافى وفىء ولم يوجد فيه لفظ ايلاء والظاهر ان الواو زادها الكاتب والاصل فى ايلاء كما فى الدرر وصدر الشريعة ولو قيل المراد الايلاء بانه لا يحلف فيه ايضا بان ادعت امرأة على رجل انه آلاها وانكره الرجل او بالعكس يكون له وجه لكن لم يوجد هذه المسئلة فى الكتب التى عندنا وهو من يطلع على شىء كتابا على انه قال الاخى چلبى نقلا عن حميد الدين الضرير انما سمى هذه المسائل السبع ستا كما فى بكونها ستا صاحب الكنز بناء على ان الاستيلاد فرع النسب فالحق به فجعل شيئا واحدا وهذا صحيح فيما قلنا لان الايلاء لو كان مستقلا لكان المسائل سبعا بل ثمانيا تدبر واستيلاد بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ولدت ولدا فمات او اسقطت سقطا مستبين الخلقة فانكر المولى ولا يتأتى هذا من جانب الاخر اذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر انكارها ورق بان ادعى على المجهول النسب انه عبده او ادعى المجهول عليه انه عبده والاخر منكر ونسب بان ادعى المجهول النسب بانه ابنه او هو ادعى عليه والاخر ينكره وولاء بان ادعى على معروف الرق انه معتقه او ادعى المعروف ذلك عليه او كان ذلك فى ولاء الموالات والاخر منكر فعند ابى ح لا يستحلف فى هذه الاشياء وعندهما يحلف

لان هذه حقوق يثبت مع الشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالاموال ولا يخرج
ان النكول بذل واباحة اذ لو حمل على الاقرار لكفى بناه في الانكار ولو حمل بذل لا
قطع الخصومة بلا تكذيب فكان هنا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب وهذه
حقوق لا يجرى فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول بخلاف الاموال وذلك لان المراة
لو قالت مثلا لا نكاح بينى وبينك ولكن بذلت نفسى لك لم يصح كلامها وكذا لو قال
انا حر الاصل ولكن ابذل نفسى لتسترقنى لا يعمل بذله اصلا وكذا سائر الامثلة بخلاف المال
فانه لو قال هذا المال ليس له ولكن ابذله لا تخلص من خصومته يصح بذله فالحاصل ان كل محل
يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا وبه اي بقول الامامين يفتى
قال قاضيخان الفتوى على قولهما وقيل ينبغى للقاضى ان ينظر في حال المدعى عليه فان راه متعنتا
يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه احدا بقوله ولا يستحلف في حد
اتفاقا بان ادعى عليه القذف فانكره ولعان اتفاقا ايضا بان ادعت المراة على زوجها
القذف بالزنا ووجوب اللعان وهو ينكر لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول
اقرار لان الحلف لما وجب فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول
يعتبر من الماذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة لكنه اقرار
فيه شبهة لانه سكوت في نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط لانها
تسقط بها وهي مما يسقط بها فلهذا لا يستحلف اتفاقا والسارق يحلف فان نكل عن الحلف
ضمن المال ولا يقطع لانه في السرقة يدعى المال والحد وايجاب الحد لا يعاضده الشبهة فيثبت
المال بالنكول كما يثبت بشهادة رجل وامرأتين قال صاحب العناية اذا كان
مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت
بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال يقول القاضى للمدعى ما تريد فان
قال اريد القطع يقول له القاضى الحدود لا يستحلف عنها فليس لك يمين وان قال
اريد المال يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال انتهى قال صاحب النهاية
لا يستحلف في الحد وعليه الاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت
فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق لا الزنا
ويحلف الزوج اذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول اجماعا فان نكل ضمن الزوج نصف المهر
لان الاستحلاف يجرى في الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان المقصود المال فيثبت بنكوله المال
قال صاحب العناية فان قلت هل في تخصيص ذكر قوله قبل الدخول فائدة قلت هو يعلم
ان الدعوى المهر لا يتفاوت بين ان يكون كل المهر او نصفه وفيه نظر لانه لو اطلق يغني
عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك قال سعدى افندى ان لهذا بحث فانه لو اطلق
لربما ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته او لكان له ايضا تقييد للعلم بحكم بطريق
الاولى فانه اذا استحلف قبل تاكد المهر فبعده اولى كما لا يخفى انتهى
وكذا في النكاح ان ادعت مهرها يعني اذا ادعت المراة النكاح وطلبت
المال كالمهر والنفقة فانكر الزوج يحلف فان نكل يلزم المال ولا يثبت النكاح
لان النكول بذل عنده او بالبذل يثبت المال لا النكاح وفي النسب ان ادعى حقا
كارث ونفقة ونحوها يعني يحلف في دعوى النسب اذا ادعى حقا كارث ونفقة
وغيرهما كالحجر في اللقيط وامتناع الرجوع في الهبة فصورة دعوى الارث ما اذا ادعى
رجل على رجل انه اخوه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف وصورة
النفقة ادعى زمن على موسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر الموسر فانه يستحلف فان
حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب وصورة الحجر في اللقيط ما اذا ادعت
امراة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه في يد رجل التقطه انه اخوها وانه اولى بحضانته
وتربيته فحجر الملتقط عنه واراد حلفها فانه يستحلف على النسب بالاجماع فان حلف برئ

وان نكل يثبت لها حق نقل الصبى الى حجرها ولا يثبت النسب وصورة امتناع الرجوع
في الهبة ما اذا اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فانكر الواهب
فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع ولم يثبت الاخوة وفي القصاص
بنفس او ما دونها اي في دعوى القصاص بنفس او ما دونها يعني لو ادعى على غيره قصاصا فجحد استحلف بالاجماع فان نكل في النفس لم يقتص بل يحبس حتى يقر او يحلف او يموت جوعا وفيما دونها اي ما دون النفس يقتص
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يقضي بالارش فيهما اي في النفس وما دونها ولا يقتص بالقصاص
لان القصاص فيما دون النفس عقوبة تندرئ بالشبهات ولا يثبت بالنكول كالقصاص
في النفس وهذا لان النكول وان كان اقرارا عندهما ففيه شبهة العدم فلا يثبت به القصاص
مطلقا وان امتنع القصاص وجب الدية وله ان الاطراف محل البذل فيستوفى بالنكول كالمال
وهذا لان الاطراف سلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فيجرى فيها
البذل بخلاف الانفس حتى لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها لا شيء عليه وهذا
دليل البذل الا انه لا يباح له القطع لانه لا فائدة فيه والبذل هنا مفيد لانه يصير
متورعا عن اليمين الصادقة وبدفع الخصومة عنه ولا كذلك والنفس فلا يجرى فيها
البذل واذا امتنع واحد من اليمين يحبس حتى يحلف لان اليمين فيها مستحقة تعظيما
لامر الدم لانه مهلكة فهي صالحة للتغليظ شرعا فان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر
وطلب يمين خصمه لا يحلف عند ابي حنيفة وقالا يحلف لان اليمين حقه فلا يبطل الا
بالاقامة البينة لا بالقدرة عليها واعترافه بالبينة لا يكون اعترافا بسقوط اليمين
وله قوله عليه السلام الك بينة قال لا فقال فلك يمينه رتب اليمين على عدم البينة
فلا يجتمع مع وجودها وقيدنا بقولنا في المصر لانها اذا حضرت في مجلس الحكم لا يحلف
اتفاقا كذا في النهاية ويكفل بنفسه ثلاثة ايام لئلا يغيب فيبطل حق المدعي
ولا بد ان يكون الكفيل معروف الدار ليحصل فائدة التكفيل ولا بد في التكفيل من قوله
لي بينة حاضرة في المصر حتى لو قال لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل اذ لا فائدة
فيه والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وروي عن ابي يوسف
انه يؤخذ الكفيل الى المجلس الثاني قال صاحب البناية وهذا ليس باختلاف
في الحقيقة لان ابا حنيفة اجاب على المشاهدة من رسم القضاة وجلوس الحكام لان
المجلس الثاني يكون في يوم الثالث في زمانه انتهى ولا فرق في الظاهر بين الخامل او
والحقير من المال والخطير وعن محمد انه اذا كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفى نفسه
بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل فان ابى عن اعطاء الكفيل لازمه ودار معه حيث
ثلاثة ايام حتى لا يغيب ولا يجلسه في موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه
بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعي يدور معه واذا انتهى
المطلوب الى داره لا يمنع الطالب من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب
يجلس على باب داره وقيل اذا اراد ان يدخل بيته فاما ان يأذن للمدعي بالدخول
او يجلس معه على باب الدار لانه لو ترك حتى يدخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر
قد وقع كثيرا وان كان المدعى عليه امراة لا يلازمها بنفسه بل يستأجر امراة تلازمها
كذا في التسهيل وان كان المطلوب غريبا يكفل او يلازم قدر مجلس القاضي
معقول يكفل ويلازم على طريق التنازع لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على قدر مجلس
القاضي اضرارا بالغريب لمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا فان لم يأت بالبينة
الى آخر مجلس الحكم الى آخر مقدار ما يكون القاضي جالسا في المحكمة فيها والا يحلفه
ان شاء او يدعه واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم
ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ولا بطلاق وعتاق
كما روينا وقيل ان الح الخصم صح اليمين بهما اي بالطلاق والعتاق في زماننا

يعنى يصح للقاضى ان يحلف بالطلاق والعتاق لقلة مبالاة الناس باليمين بالله
وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق والعتاق فى زماننا لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين
بالطلاق والعتاق فلا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به
لم ينفذ قضاؤه كذا فى العناية . لا يقال فلا فائدة فى التحليف بهما لانا نقول
الفائدة التزام اداء الحق فى اول الوهلة من خوف وقوع الطلاق قال مولانا
الفاضل سعدى افندى اقول فكيف يسوغ للقاضى تكليف الاتيان بما هو منهى عنه شرعا
ولعل ذلك البعض يقول النهى تنزيهى وتغلظ اليمين بذكر صفاته اى صفات الله
كان يقول القاضى قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن
الرحيم الذى يعلم السر ما يعلم من العلانية ما لفلان عليك ولا قبلك هذا المال
الذى ادعاه وله ان يزيد فى التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط فلا
بالعاوكيلا يتكرر عليه اليمين والواجب يمين واحدة ان شاء القاضى التغليظ
وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وهذا لان المقصود من النكول
واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا لم يغلظ
فكان الرأى فيه الى القاضى ان شاء اكتفى باليمين بالله وان شاء غلظ بذكر
الصفات وقيل لا يغلظ على الرجل المعروف بالصلاح وقيل يغلظ فى الخطير من المال
دون الحقير كذا فى الكافى ثم انهم قالوا لو نكل عن التاكيد بالاوصاف ولا
يقضى عليه لان المقصود وهو الحلف بالله تعالى وقد حصل فى حاشية اخى چلبى
ويحترز القاضى عن التكرار اى تكرار اليمين اذ اللازم يمين واحدة
لا يغلظ بزمان اى لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان بان يكون بعد صلاة العصر يوم الجمعة
او مكان بان يكون فى الجامع عند المنبر وقال الشافعى ان كانت اليمين فى قسامة او لعان
او فى مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا تختص بالمكان فان كان بمكة فبين الركن والمقام
وان كان بالمدينة فعند قبر النبى صلى الله عليه وسلم او عند منبره صلى الله عليه وسلم
وان كان فى بيت المقدس فعند الصخرة وان كان فى سائر البلاد ففى الجوامع الا
فى المساجد وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من
انكر فالتخصيص بالزمان والمكان زيادة عليه ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل
بدون ذلك وفى ايجاب ذلك حرج بين وهو مدفوع بالنص على ان فى التغليظ بالزمان تاخير
حق المدعى فى اليمين الى ذلك الزمان ولان اليمين سبب لقطع الخصومة فلا يختص بمكان كالبينة
كذا فى الكافى ويحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام
والنصرانى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسى بالله الذى
خلق النار فيغلظ على كل واحد بما يعتقد تغليظ اليمين به ليكون رادعا عن الاقدام
عن اليمين الكاذبة وعن ابى حنيفة انه لا يحلف احد الا بالله تعالى خالصا عن شريك الغير معه
فى التعظيم وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض
مشايخنا لان فى ذكر النار مع اليمين تعظيم النار لان اليمين تعظيم ولا ينبغى ان
يعظم النار بخلاف التورية والانجيل لانه كتب الله تعالى واجبة التعظيم كذا فى
الكافى وروى انه صلى الله عليه وسلم رأى قوما مروا برجل وامرأة مسخم وجههما
فسال عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال انشدك
او احلفك بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام ان حكم الزنا فى كتابكم هذا
وذلك دليل على جواز تحليف اليهودى بذلك قال صاحب الاختيار وكذا ثبت هذا فى اليهودى
فالنصرانى مثله فى الانجيل والمجوسى مثله فى النار لان النصرانى يعظم الانجيل والمجوسى يعظم
النار كتعظيم اليهودى التورية فيجوز تحليفهم بما يكون اعظم فى صدورهم والمذكور
فى المجوسى قول محمد اما عندهما فيحلف بالله لا غير لان التغليظ بغير اسم الله تعالى لا يجوز

ولان

ولان ذكر النار مع ذكر الله تعالى تعظيم لها فلا يجوز الا ان اليهودى والنصرانى ورد فيهما
نص خاص ولان كتب الله تعالى معظمة انتهى ما فى الاختيار ويحلف الوثنى بالله تعالى
اذ الكفرة كلهم مع اختلاف كلمهم يقرون بالله تعالى قال تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات
والارض ليقولن الله ولا يستحلف بالله الذى خلق الوثن او الصنم لما فيه من افادة
تعظيمها ولو اقتصر فى الكل على قوله بالله فهو كاف لان الزيادة للتاكيد كما فى السلم
وانما تغلظ ليكون اعظم فى قلوبهم ولا يتجاسرون على اليمين الكاذبة قال صاحب البداية
واما الصابئة فان كانوا يؤمنون بادريس النبى عليه السلام يستحلفوا بالله الذى انزل
الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب يستحلفوا بالله الذى خلق الكواكب
ولا يحلفون فى معابدهم لان فيه تعظيمها على ان القاضى ممنوع من حضورها والمعهود عليه
اذا كان اخرس وطلب المدعى يمينه فانه يحلف وصورة التحليف ان يقول القاضى عليك عهد الله
وميثاقه ان كان كذا فاومى براسه بنعم يصير حالفا ولا يقول القاضى بالله ان كان كذا
لانه لو اشار براسه بنعم فى هذا الوجه يصير مقرا بالله ولا يكون حالفا ولو ادعى رجل
على صبى ماذون مالا فانكر اختلفوا قال بعضهم لا يحلف لانه لو حنث عليه وانما يلزمه المال
بالبينة او بالاقرار وذكر الفقيه ابو الليث انه يحلف فى قول علمائنا قال رضى الله عنه وبه ناخذ
لان الماذون يمنع من اليمين الكاذبة كيلا يمتنع اعتماد الناس عليه فى التجارات
ولهذا يصح اقراره ثم انهم قالوا يجوز ان يكون المسئلة على الاختلاف على قول
ابى حنيفة لا يحلف لان فائدة التحليف النكول وعنده النكول بذل والصبى لا يملك البذل
وعند صاحبيه يحلف لان عندهما النكول اقرار وهو من اهل الاقرار وذكر
شمس الائمة فى شرحه انه يحلف عند الكل كذا فى فتاوى قاضيخان عليه الرحمة والرضوان
ويحلف المدعى عليه على الحاصل هذا شروع فى نوع اخر من كيفية اليمين
وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط فى ذلك ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع
اولا فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر المدعى
بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابى حنيفة ومحمد وعلى السبب
عند ابى يوسف الا اذا عرض المدعى عليه القاضى برفع السبب ثم شرع فى تفصيله
بالبناء التفريعية فقال ففى البيع والنكاح يحلف بالله ما بينكما
بيع قائم فى الحال او نكاح قائم فى الحال وفى الطلاق بالله ما هى بائن منك الآن
وفى الغصب بالله ما يجب عليك رده اى رد المغصوب وفى الوديعة بالله
ما لهذا الذى ادعاه فى يدك وديعة ولا بشئ منه اى من الذى ادعاه يد لك
ولا له قبلك حق لا على السبب نحو ان يقول فى البيع بالله ما بعته لاحتمال
انه باع ثم اقال ونحو ان يقول فى النكاح بالله ما نكحت لاحتمال انها نكحها ثم خالعها
او ابانها وفى الطلاق بالله ما طلقتها لاحتمال انه طلقها ثم راجعها او نكحها
وفى الغصب بالله ما غصبت لاحتمال انه غصب ثم سلم او ملك بالهبة او بالبيع
وفى الوديعة بالله ما اودعك هذا لاحتمال انه اودع ثم رده او هلك
فى يده بغير صنعه فلو حلف على السبب فى جميعها احتمل ان يكون كاذبا فى يمينه
فيحلف على الحاصل بالطريق المذكور فى المتن عند ابى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف
فانه يقول يحلف على السبب فى الجميع لان اليمين شرعت لحق المدعى فوجب ان يكون
اليمين مطابقة لدعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه القاضى فح
يحلف على الحاصل وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضى اذا عرض القاضى عليه
اليمين بالله ما بعت ايها القاضى ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقال فح يلزم على القاضى
التحليف على الحاصل هذا هو ظاهر الرواية عنه انه ينظر القاضى الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب
كالبيع ونحوه يحلف على السبب وان انكر الحكم اى حكم البيع مثلا وهو الملك يحلف على الحاصل

علیه اكثر القضاة جمع

وقال فخر الاسلام يفوض الى رأي القاضي ولقائل ان يقول على ظاهر الرواية ينبغي
ان يحلف على السبب اتفاقا وان عرض المدعى عليه ولا اعتبار لذلك التعريض غاية ما
في الباب انه وقع البيع ثم الاقالة ففي دعوى الاقالة يصير المدعى عليه مدعيا فعليه البينة
على الاقالة فان عجز فعلى المدعي اليمين كذا في صدر الشريعة وفي تعليقات المولى الفاضل
يعقوب باشا كلام ان شئت فراجعه فان كان يقول الفقير لو قال وان كان بالواو
لكان انسب تدبر في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعي حلف على السبب اجماعا
كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم لا يراهما فاذا ادعى شفعة بالجوار
والمشتري ممن لا يراها بان كان شافعيا فانه يحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه
الدار اذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو يستحق الشفعة يصدق في يمينه في اعتقاده
فيفوت النظر في حق المدعي وكذا اذا ادعت مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها
لكونه شافعيا فانه يحلف على السبب بالله ما طلقتها طلاقا بائنا اذ لو حلف
على الحاصل بالله ما لها عليك النفقة يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر
في حق المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون
قد اشترى ولم يعلم الشفعة او سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي
اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجب عليه الحاق الضرر باحدهما والمدعي
يدعي ما هو اصل لان الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب
عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض وكذا يحلف
على السبب في سبب لا يرتفع برافع بعد ثبوته لا على الحاصل اجماعا
كعبد مسلم يدعي العتق فانه اذا ادعى عتقه على مولاه وجحد المولى يحلف
على السبب بالله ما اعتقته لعدم الضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز
ان يعود الرق بعد العتق مسلما بخلاف العبد الكافر والامة فانه اذا ادعيا
عتقهما على مولاهما وجحدا المولى يحلف على الحاصل اي بالله ما هو حر او ما هي حرة الان
لامكان تكرر الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ثم السبي وعلى الامة بالردة
واللحاق ثم السبي ولا يتكرر على العبد المسلم ومن ورث شيئا فادعاه اخر حلف على العلم
وهذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم والبتات والضابط فيه
ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه
كان على البتات فاذا ورث شيئا فادعاه اخر انه له ولا بينة للمدعي واراد تحليف
الوارث يحلف بالله ما يعلم ان هذا الشيء له لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف
على البتات وان شراه او وهب له فعلى البتات يعني لو اشترى رجل من رجل شيئا
او وهب رجل لرجل شيئا فقبضه وجاء رجل وزعم ان هذا الشيء له ولا بينة له
فاراد ان يستحلف المدعى عليه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء
سبب لثبوت الملك انه سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع ونقض
هذه القاعدة بالرد بالعيب بان ادعى ان العبد سارق او ابق ولم يثبت ذلك
في يد نفسه فادعاه في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات بالله
ما ابق ما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة
فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا سلم الى المشتري
ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكر الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو
فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال
المدعى عليه لا علم لي بذلك حلف على البتات ونحن نجيب عنه ان الاولى ان في الرد على العيب
ضمن البايع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقية
الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم الى الغير وهو القبض كذا في العناية ه

ولو افتدى المنكر يمينه او صالح عنها اي عن اليمين على شيء صح يعني ادعى رجل على اخر
مالا فانكر فاستحلف فافتدى يمينه بمال يعني قال اعطيت هذا المال فداء عن الحلف
وقبل المدعي او صالح عن يمين على مال له قال المدعى صالحت عن دعوى الحلف على كذا
وقبل المدعى عليه صح لما روي عن عثمان رضي الله عنه انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى
شيئا ولم يحلف وعن حذيفة انه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف وقع في القيل والقال
فان بعض الناس يصدق بعضهم وبعضهم يكذب فاذا افتدى يمينه صان عرضه وهو حسن
قال صلى الله عليه وسلم ذبوا عن اعراضكم باموالكم ولا يحلف بعده يعني ليس للمدعي
ان يحلفه بعد ذلك لانه اسقط خصومته باخذ البدل بخلاف ما اذا اشترى
يمينه بعشرة دراهم مثلا حيث لم يجز وكان له ان يستحلف
لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال كذا في العناية ه

كما روي عن عمر رضي الله عنه ... سمع ... والحلف حق لله ... وانما صنت ...

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع
ولو اختلفا اي المتبايعان في قدر الثمن يعني ادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البايع
انه باعه بمائة وخمسين او المبيع بان اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه
او اختلفا فيهما اي في المبيع والثمن بان ادعى البايع اكثر مما يدعيه المشتري من الثمن
وادعى المشتري اكثر مما يعترف به البايع من المبيع في حالة واحدة بان قال البايع بعتك هذه
الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا حكم لمن برهن
منهما يعني ايهما اقام البينة حكم له لانه نور دعواه بالحجة فتبقى في الجانب الاخر مجرد الدعوى
والبينة اقوى لانها تلزم على القاضي الحكم والدعوى لا تلزم وان برهنا فلمثبت الزيادة
اي يحكم بمثبت الزيادة مطلقا سواء كان الاختلاف في احدهما او فيهما لان البينات للاثبات
ومثبت الاقل لا يعارض مثبت الاكثر اما اذا كان الاختلاف في احدهما فظاهر واما اذا
كان الاختلاف فيهما فكذلك لان حجة البايع في الثمن اكثر اثباتا واكثر حجة المشتري
في المبيع اكثر اثباتا فيقضى للمشتري بالجاريتين وللبايع بالف في الصورة التي ذكرناها في الاختلاف
فيهما يقول الفقير لقد احسن المصنف في بيان المسائل الثلاث على وجه الايجاز تتبع
سائر الكتب حتى يظهر اختياره الايجاز لله دره وان عجزا عن البرهان قيل لهما اي
للبايع والمشتري اما ان ترضى احدكما بدعوى الاخر والا فسخنا البيع ان
كان الاختلاف في الثمن قيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا
البيع ان كان الاختلاف في المبيع وان كان الاختلاف بينهما معا يقال ما ذكر
لكليهما لان الغرض قطع الخصومة وقد امكن ذلك برضى احدهما بما يدعيه الاخر عليه
فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتى يسأل كل واحد منهما عما يختاره فان لم يرض
يقول الفقير الظاهر وان لم يرض بالواو تدبر احدهما بدعوى الاخر تحالفا اي حلف
القاضي كلا منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفق القياس لان البايع
يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع
ينكر فكل منهما منكر فيتحالفان لان اليمين على من انكر واما بعد القبض فالتحالف على
خلاف القياس لان المبيع سلم للمشتري فلا يكون مدعيا على البايع شيئا لكن بقي دعوى
البايع على المشتري في زيادة الثمن وهو ينكر فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفنا التحالف
بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وترادا
يقول الفقير كان المناسب للمصنف ان يقول وان لم يرضيا كما وقع في الهداية والكافي
وغيرهما هكذا لان لزوم التحالف على تقدير عدم رضاهما لا على تقدير عدم
رضى احدهما لان احدهما ان لم يرض لكن رضي الاخر انقطعت الخصومة وهذا ظاهر

والعجب من صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يشترط التحالف عدم رضاء واحد منهما
بما قاله الاخر لا عدم رضاء كل منهما بما قاله الاخر ليت شعري لم قال مع كونه خلاف الظاهر
قطعاً وان قال النكرة في سياق النفي تعم فيكون معنى عدم رضاء واحد منهما واحداً لا فرق
يعتد به بينهما واما قول المص فان لم يرض احدهما بدعوى الاخر فيمكن حمله على كل واحد منهما
بما نص عليه في شرح المقاصد في بحث الوحدة والكثرة من ان لفظ احدهما لابهامه كثيراً ما يقع
موقع كل منهما تدبر وتتبع وبدأ القاضي بيمين المشتري في الصور الثلاث وهذا
هذا قول محمد وابي يوسف آخراً ورواية عن ابي ح وهو الصحيح لانه اقواهما انكاراً لانه الطالب
اولاً بالثمن فيكون هو البادي بالانكار فيبدأ بيمينه ولان اليمين انما شرعت لفائدة النكول
حتى لا يستوفي بالنكول ونكول المشتري يتعجل فائدته وهو تسليم الثمن ونكول البائع تتأخر
فائدته لان تسليم المبيع يؤخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له امسك المبيع حتى
يستوفي الثمن فكان تقديم ما يتعجل فائدته بالنكول اولى وعن ابي يوسف انه يبتدأ
بيمين البائع لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع
خصه بالذكر فكان ينبغي ان يكتفي بيمينه فان تقاصر عن افادة ذلك فلا يتقاصر
عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما وهذا اذا كان بيع عين بدين وان كان بيع عين
بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء وعن هذا قال وفي المقايضة
اي في بيع العين بالعين بدأ بايهما شاء القاضي لاستوائهما في فائدة النكول وكون
كل منهما في معنى المشتري ولم يذكر بيع الثمن بالثمن في حكم المقايضة فهذا الحكم
للاستواء في العلة وهو استواؤهما في فائدة النكول وكون كل منهما في معنى المشتري
وصفة التحالف ان يحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ويحلف البائع بالله
ما باعه بالف كذا ذكره في الاصل وذكر في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه
بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ويحلف ويضم بالف
ولقد اشتراه بالف فيضم الاثبات الى النفي للتأكيد والاحتياط بيانه لو حلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين يحلف ويكون باراً في يمينه فلعله اشتراه بالف وخمسمائة
فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلفه بالله ما باعه بالف ربما يحلف
لجواز انه باعه بالف ودرهم ويكون صادقاً في يمينه انه لم يبعه بالف درهم فيبطل
حق المشتري والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي كما روينا
من حديث القسامة ولا حرج بذلك الوهم لان البائع لو كان باعه بالف وخمسمائة
لا يدعي البيع بالفين لانه يعلم ان المشتري يحلف على دعواه لا يبالي من الحلف على
النفي لانه لا يحنث في يمينه كذا في الكافي ومن نكل من البائع والمشتري
لزمه دعوى صاحبه لانه صار مقراً بما يدعيه خصمه وباذلاً فان حلفا فسخ القاضي
البيع بطلب احدهما او كليهما ولا ينفسخ بنفس التحالف وقيل ينفسخ بنفس التحالف
والصحيح هو الاول لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعاً
بثمن مجهول او مبيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة بينهما ولانهما اذا حلفا
لم يثبت البدل للتعارض بين قوليهما فيبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد فلا بد من الفسخ
في البيع الفاسد كما لم يفسخ كان قائماً فلو وطئ المشتري الجارية المبيعة بعد التحالف
ولا تحالف لو اختلفا في الاجل في اصله او قدره يعني لو اختلفا فقال المشتري
الثمن مؤجل وقال البائع حال او قال المشتري الثمن مؤجل الى سنة وقال البائع
الى نصف سنة لا يلزم التحالف او اختلفا في شرط الخيار يعني لو قال احدهما شرط
الخيار وانكر الاخر او قال احدهما الخيار الى ثلاثة ايام وقال الاخر الى يومين لا يلزم التحالف
او قبض بعض الثمن يعني قال المشتري اديت بعض الثمن وانكر البائع ولو اختلفا في استيفاء
كل الثمن فالحكم كذلك ولم يذكره لانه يصير ذلك بمنزلة سائر الدعاوى فلا حاجة الى ذكره
كذا في العناية

ويحلف

اي في الصورة المذكورة

ويحلف المنكر اي منكر الاجل وغيره لان هذا اختلاف في غير المبيع والثمن فاشبه الاختلاف
في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن
او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن
لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ولا تحالف
بعد هلاك المبيع ويحلف المشتري عند ابي ح وابي يوسف يعني اذا هلك المبيع ثم اختلفا
في الثمن لا يتحالفان عندهما ويحلف المشتري وعند محمد يتحالفان ويفسخ العقد
لان كلا منهما يدعي عقداً ينكره الاخر فيتحالفان ولان الدلائل الدالة على التحالف لا تفصل
بين كون السلعة قائمة او هالكة ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع مخالف للقياس فلا يتعدى
الى حال هلاك السلعة وتلزم القيمة لان القيمة بمنزلة العين عند عدمها وكذا
الخلاف لو تعذر الرد وهو ان المبيع قائم يعني لو تغير بحدوث العيب عنده وصار بحال
لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان عندهما وعند محمد يتحالفان
فيفسخ البيع ولا تحالف بعد هلاك بعضه يعني اذا هلك بعض المبيع ثم اختلفا
في الثمن لا يتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك
فيتحالفان وصورة المسئلة اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري
فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري
اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي ح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة
الهالك اي عدم اخذ شيء من ثمن الهالك ويجعل العقد كان لم يكن الا على القائم لان الهالك
يخرج من ان يكون مبيعاً بترك حصته فيصير كان المبيع هو الحي وحده فلم يبق الاختلاف
بينهما الا في ثمن الحي فيتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الاخر قال صاحب الهداية بعد
ما ذكر رواية المتن وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي ح الا
ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له قال صاحب العناية واختلاف عبارتي
الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك
وقوله الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين
قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك عن العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة
القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه
لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصته فيتحالفان والمراد من قوله في الجامع ان يأخذ
الحي ولا شيء له اي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً اصلاً وقال بعضهم معناه ثم يتحالفا
والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن
الهالك شيئاً آخر انما عطفنا ما اقر به المشتري على هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري
لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري انتهى قول
الفقير وفي قول صاحب العناية وصار الثمن كله بمقابلة القائم بحث تدبر قال
صاحب التسهيل ولو اختلفا بعد هلاك بعض المبيع فهما لم يتحالفا عند ابي ح
لعدم الكل بانعدام بعضه فيحلف المشتري فقط الا ان يرضى البائع بترك حظ الهالك
من الثمن فكان المبيع هو الباقي فقط بحظه من الثمن فيتحالفان انتهى ويمكن ان يقال
مراد صاحب العناية من قوله وصار الثمن كله ان صار الثمن الباقي بعد اخراج حصة الهالك
كله بمقابلة القائم لكنه لو تركه كما في سائر الكتب لكان اولى تدبر وعندهما يتحالفان
ويرد ان حلفا لكن عند ابي يوسف يتحالفان في الباقي ويفسخ العقد فيه ويرد
وعند محمد يتحالفان عليهما ويرد الباقي ايضاً وقيمة الهالك كذا في الهداية والكافي
ثم قال صاحب العناية وصاحب الكافي ما محصوله انهم اختلفوا في تفسير التحالف
على قول ابي يوسف قال بعضهم يتحالفان على القائم لا غير لان العقد ينفسخ في القائم لا
في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القائم بجميع

من الثمن الذي يدعيه البائع حلف وكان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم
بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري حلف وصدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان
يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فانه ان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف
يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان
حلف ينفسخ العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن انتهى ولابي حنيفة ان التحالف بعد القبض
ثبت بالسنة على خلاف القياس عند قيام السلعة وهي اسم لجميع المبيع فاذا هلك بعضه
فقد فات شرطه ولمحمد رحمه الله على اصله فان هلاك جميع المبيع عنده لا يمنع التحالف فهلاك
البعض اولى وابو يوسف يقول لو كان الكل قائما يثبت التحالف في الكل ولو فات الكل
يفوت التحالف في الكل فاذا فات البعض وبقي البعض يبقى التحالف في الباقي ويفوت في
الفائت اعتبارا للبعض بالكل كذا في الكافي يقول الفقير هذا الدليل يقتضي ان يكون
التحالف على الباقي فقط على قول ابي يوسف كما هو تقرير التحالف عند البعض على قوله لكن
ما نقلناه آنفا من العناية والكافي من اجراء التحالف عليهما على قوله في الصحيح يأباه تدبر
والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن يعني الثمن الذي اقر به المشتري كما اقر به
البائع في حصة الهالك عند ابي يوسف يعني انهما لو حلفا ينفسخ العقد في القائم
لا الهالك ويرد القائم الى البائع ويسقط حصة القائم من الثمن ويلزم المشتري
حصة الهالك من الثمن على ما اقر به عند ابي يوسف ولا يلزم قيمة الهالك لانها انما تجب
عند الانفساخ والعقد لم ينفسخ في الهالك عنده فيقسم الثمن الذي اقر به المشتري على
القائم والهالك على قدر قيمتهما وتلزم قيمته اي قيمة الهالك عند محمد لانه بالتحالف
ينفسخ العقد فيهما فيرد القائم بعينه وقيمة الهالك ونعتبر قيمتهما اي قيمة القائم والهالك
في الانقسام اي انقسام الثمن عليهما يوم القبض يعني واذا لزم ان يقسم الثمن الذي
اقر به المشتري على القائم والهالك على قدر قيمتهما يعتبر قيمتهما يوم القبض دون يوم العقد
ووجه اعتبار يوم القبض دون يوم العقد مذكور في العناية ان شئت فراجعه وحاصله
انه ان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي اقر به
المشتري ويسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت
فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري
ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض الفا
وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فان كان قيمة القائم على الحال موافقا لقول
احدهما كان القول قوله لان الحال تدل على ما قبلها وان لم يكن فالقول للبائع لان الثمن
قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره
وعن هذا قال وان اختلفا في قيمة الهالك فيه فالقول للبائع وان برهنا على قيمة الهالك
فبرهانه اي برهان البائع اولى لان البينات شرعت للاثبات والبائع يدعي زيادة في
قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة
قلنا الذي وقع الاختلاف فيه قصدا فكانت احق بالاعتبار والنظر فيه
قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع
قامت على ما وقع الاختلاف فيه قصدا فكانت احق بالاعتبار والنظر فيه ان في البينات
تعتبر الدعوى من حيث الظاهر لان الشهود لا يعرفون الا الظاهر
فاعتبر ذلك في حقهم والبائع يدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ثم صار بينته
اولى لان بينته تثبت زيادة في الثمن وفي الايمان تعتبر الحقيقة
لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال
فيبقى الامر على الحقيقة والبائع منكر حقيقة فكان
القول قوله مع يمينه كذا في الكافي ه

وان

وان اختلفا اي العاقدان في قدر الثمن بعد اقالة البيع تحالفا يعني لو اشترى عبدا
وقبضه ثم تقايلا ثم اختلفا في قدر الثمن فقال المشتري كان الثمن الف درهم وقال
البائع لا بل كان خمسمائة ولا بينة لهما يتحالفان ويعاد البيع الاول حتى يكون حق البائع
في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة حتى لا يجب على واحد منهما ان يرد
على صاحبه شيئا ان لم يقبض البائع المبيع لان الاقالة بيع جديد في حق الشرع
وقطع المنازعة حق الشرع او نقول كان ينبغي ان لا يتحالفا لان التحالف ثبت في
البيع المطلق بالسنة والاقالة فسخ في حق العاقدين فلم يتناولها النص الا ان التحالف
قبل قبض المبيع ثبت قياسا بمعنى ان كل واحد منهما مدع ومنكر كما مر وهنا موجود لان
البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد
والبائع ينكره فكل واحد منهما فيحلف وكان التحالف على مقتضى القياس لان البيع
يسلم للمشتري ولا يدعي شيئا فلا يكون البائع منكرا ومن هنا قال وان قبضه اي
قبض البائع المبيع بعد الاقالة ثم اختلفا فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف ويكون
القول للمنكر خلافا لمحمد فانه يقول يتحالفان وان قبضه لان النص معلول
بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر
وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض ولو اختلفا
في قدر رأس المال بعد اقالة السلم لا يتحالفان فالقول للمسلم اليه فيه اي في
قدر رأس المال يعني لو اسلم في كر حنطة ثم تقايلا واختلفا في رأس المال فقال المشتري
احد عشر درهما وقال البائع عشرة دراهم لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه
ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ لكونها
فيه اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها
تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع وانما كان القول للمسلم اليه
لان رب السلم يدعي عليه زيادة من رأس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان دين السلم
قد سقط بالاقالة ولو اختلف المتعاقدان في قدر الاجرة بان ادعى المؤجر انه آجره
شهرا بعشرة دراهم وادعى المستأجر انه استأجره بخمسة او المنفعة بان ادعى المؤجر انه
آجره شهرا وادعى المستأجر انه استأجره شهرين او اختلفا فيهما اي في قدر الاجرة والمنفعة
قبل استيفاء المنفعة تحالفا وترادا لان الاجارة قبل استيفاء المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع
في كون كل من المتعاقدين يدعي وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجري فيها الفسخ فيتحالفان
واعترض بان المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة معدومة واجيب بان الدار
مثلا اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانت قائمة تقديرا ويبدأ
بيمين المستأجر ان اختلفا في الاجرة لانه منكر لوجوب زيادة الاجرة ويبدأ بيمين المؤجر
لو اختلفا في المنفعة لانه منكر لوجوب الزيادة المنفعة يقول الفقير يعني انه لو اختلفا فيهما
بايهما يبدأ ولم يذكروه والقياس ان يبدأ بايهما اريد وايهما نكل لزمه دعوى الآخر
كما هو مقتضى النكول وايهما برهن قبل برهانه وان برهنا فحجة المستأجر تقبل
لو اختلفا في المنفعة وحجة المؤجر تقبل لو اختلفا في الاجرة نظرا الى زيادة الاثبات
وان اختلفا فيهما كأن يدعي احدهما شهرا بعشرة والآخر شهرين بخمسة تقبل حجة
كل منهما فيما يدعيه من الزيادة فيقضي بشهرين بعشرة في الصورة المزبورة ولو
اختلفا بعد استيفاء المنفعة لا يتحالفان اتفاقا والقول للمستأجر مع يمينه
وهذا على قول ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما
واما على قول محمد فلان فائدة التحالف فسخ العقد كما بينا آنفا والعقد
يقتضي وجود المعقود عليه وما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود
في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا يبقى زمانين

واما ما يتقوم مقامهما فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بجملتها انه
لا عقد منهما لانفساخ الاصل ولا يكون لها قيمة يرد عليهما الفسخ واذا امتنع
التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف
في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه ولو اختلفا بعد استيفاء البعض
اي بعض المنفعة يتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي والقول للمستاجر فيما مضى
لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة
كالمعقود عليه عقدا مبتدأ وصار ما بقي من المدة كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف
بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف فكذا هنا واما الماضي
فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة
اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول للمستاجر بلا تحالف بخلاف ما
اذا هلك بعض المبيع لان كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقدا مبتدأ بل الجملة
مقصودة بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في كله ضرورة
وان اختلف المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة لا يتحالفان عند ابي حنيفة
والقول للعبد مع يمينه وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي
ايضا لانهما اختلفا في بدل عقد يقبل الفسخ فكان كالبيع وهذا لان كل واحد منهما مدع
ومنكر فالمولى يدعي على العبد زيادة البدل وهو ينكر والعبد يدعي استحقاق
العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان وله ان التحالف في
المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب مطلقا
لان له ان يدفع عن نفسه بان يعجز نفسه ولهذا لا يصح الكفالة به والكتابة ليست معاوضة
من كل وجه اذ البدل الذي من جانب العبد مملوك للمولى من وجه ولان العبد لم يسلم له ما يقابل
البدل في الحال وهو فك الحجر في حق اليد والتصرف فلا يبقى على المولى شيئا فلا يكون
المولى منكرا وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا يكون مقابلا فلا يتحالفان
وان اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم او ليس بقائم وادعى كل واحد
منهما ان المتاع كله له ولا بينة لهما فالقول لها اي للمراة مع يمينها فيما صلح لها اتفاقا
كالدرع والخمار وسائر ثياب النساء وحليهن لان الظاهر شاهد لها
والقول له فيما صلح له اي للرجل اتفاقا كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان
والسلاح والمنطقة والكتب والدرع والقوس لان الظاهر شاهد له ايضا
قال صاحب العناية قال الامام التمرتاشي الا اذا كان كل منهما يفعل او يبيع ما يصلح للآخر
اي الا ان يكون الرجل صائغا وله اساور وخواتم النساء والحلي والخلخال ونحوها
فلا يكون لها وكذا اذا كانت المراة دلالة تبيع ثياب الرجال او تاجرة تتجر في ثياب
الرجال والنساء او ثياب الرجال وحدها فلا يكون له اي فيما يصلح لهما كالفرش
والامتعة والاواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود لان المراة وما في يدها
في يد الزوج فكان الاموال كلها في يد الزوج واذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد
احدهما كان القول له كذا هنا بخلاف ما يختص بها لان لها يدا اظهر من اليد
وهو يد الاستعمال فجعل القول فيما يصلح لها قولها كرجلين اختلفا في ثوب
احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى كذا في الكافي وهذا اذا كانا
حيين وبعد موت احدهما يعني لو مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فالجواب
في غير المشكل ما مر والقول في المشكل اي فيما يصلح لهما للحي منهما ايهما كان لانه لا يد للميت
فتبقى يد الحي بلا معارض وهذا اي كون القول للزوج في المشكل ان كانا حيين وللحي منهما
ان مات احدهما قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف كذلك اي القول للزوج فيما صلح لهما وللحي
منهما فيه ايضا بعد موت احدهما لكن في الزائد على جهاز مثلها وفي جهاز مثلها القول لها اي للمراة

صائغ: قويومجي

اذا كانت حية او لورثتها بعد موتها وحاصله انه يدفع الى المراة او ورثتها من
المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر انها لا تزف الا مع جهاز مثلها
فصارت اولى بذلك القدر والباقي للرجل لقوة يده عليها في الطلاق والموت سواء فيه وعند
وعند محمد القول للرجل او لورثته في المحتمل يعني قال محمد ما صلح له فله وما صلح لها فلها وما
صلح لهما فله ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا لقيامهم مقامه قال صاحب الرمز في
شرح الكنز فيما صلح خلاف سبعة من الائمة لابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع من المشكل الى
المراة ما يجهز به مثلها وقال محمد في المشكل له ولورثته وقال زفر ومالك والشافعي هو
بينهما نصفان لانهما سيان وقال ابن ابي ليلى كله له لانه اقوى ولها ثياب بدنها وقال
الحسن البصري الكل لها وله ثياب بدنه لان البيت وما فيه بيدها والقول في الدعوى لصاحب
اليد وسميت هذه المسالة مسبعة للاقوال التي ذكرناها وهي سبعة انتهى بقول العيني
في قوله للاقوال التي ذكرنا وهي سبعة بحث لان الاقوال التي ذكرها ستة ومع قول ابي حنيفة
لان زفر ومالكا والشافعي اتفقوا على قول لكن المخالف له سبعة ائمة فلو ترك قوله للاقوال
لكان اظهر تدبر هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين وان كان احدهما اي احد الزوجين
مملوكا سواء كان ماذونا او مكاتبا او محجورا فالكل اي كل المتاع للحر في حال الحياة لان يد الحر
اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وللحي منهما حرا كان او عبدا في الموت
اي موت احدهما لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض قال صاحب العناية هكذا
وقع في رواية شيخ شرح الجامع الصغير وقال فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الموت
ثم قال شمس الائمة ووقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وصاحب العناية اختار
اختيار العامة في رواية محمد والزعفراني للحر منهما بالراء ووقع في الدرر هنا ما يحتاج الى
التتبع والتامل فيه ان شئت فراجع وقالا المأذون والمكاتب كالحر
لان لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في ايديهما
يقضى بينهما لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضى للحر لانه لا يد له

فصل

لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان من لا يكون خصما وقدم الاول لان الكتاب
كتاب الدعوى وهي عبارة عن الخصومة قال ذو اليد هذا الشيء الذي تدعيه اودعنيه
فلان الغائب او اعارنيه او اجرنيه او رهنيه او غصبته منه اي من فلان الغائب وبرهن
على ذلك المذكور اندفعت خصومة المدعي يعني ادعى رجل عينا في يد رجل انه له فقال
ذو اليد هو لفلان الغائب اودعنيه الى اخره واقام على ذلك بينة اندفعت عنه خصومة المدعي
لانه يثبت ببينته انه وصل اليه من جهة فلان وان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا يخرج
من الخصومة باقامة البينة لانه خصم من جهة يده فصلح منتصبا في دفع الخصومة عنه وقال
ابن ابي ليلى يخرج من الخصومة بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة فيها يقر به على نفسه فيثبت ما اقر به
بمجرد اقراره وقال ابو يوسف فيمن عرف بالحيل جمع حيلة لا تندفع الخصومة يعني قال ابو يوسف
ان كان ذو اليد صالحا تندفع عنه الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل
لم تندفع الخصومة عنه باقامة البينة ورجع اليه حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس
فقال المحتال من الناس قد ياخذ مال انسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد ان
يغيب عن البلدة حتى يودعه بشهادة الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت الملك
يقيم ذو اليد البينة ان فلانا اودعه فيبطل حقه ويدفع خصومة المالك وبه نأخذ
وان قال الشهود اودعه من لا نعرفه لا تندفع الخصومة بالاجماع لانه يحتمل ان
يكون ذلك الرجل هو الذي حضر هنا يدعي وعلى هذا التقدير لا يندفع الخصومة
عن ذي اليد ويجوز ان يكون الدافع غيره وعلى هذا التقدير يندفع الخصومة
عن ذي اليد فلا يندفع الخصومة عن ذي اليد بالشك ولانه حين ما لم

ولان الخصومة انما تندفع عن ذي اليد اذا احاله الى غيره بالبينة والتحويل
وانما يتحقق اذا احاله على رجل معين يمكنه اتباعه ليخاصمه فاذا احاله على مجهول
ولا يمكنه اتباع المجهول كان ذلك ابطالا لا تحويلا فلو انه دفعت لتضرر به المدعي
بخلاف قولهم اي قول الشهود نعرفه اي المودع بوجهه لا باسمه ونسبه حيث تندفع
الخصومة عند الامام لانه حاجة ذي اليد دفع الخصومة عن نفسه وانما تندفع
الخصومة عنه اذا اثبت ان يده ليست بيد ملك وخصومة وقد حصل ذلك
لانه اثبت ببينة انه ليس بخصم لهذا المدعي فانا نعلم ان مودعه ليس هذا المدعي
اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه بخلاف ما لو قال لا نعرفه اصلا كما مر
خلافا لمحمد فانه قال لا تندفع الخصومة بقولهم نعرف المودع بوجهه ولا نعرفه
باسمه ونسبه لان تعريف الغائب باسمه ونسبه وهذا لان الخصومة توجهت على
ذي اليد بظاهر يده فلا تندفع الخصومة عنه الا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه ليكون
تحويلا لا ابطالا ولم يوجد الحوالة هنا لانه لعله على رجل يمكن اتباعه فكان هذا
بمنزلة قولهم اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه لا تكون معرفة لانه عليه السلام
قال لرجل اتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال
اذن لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرفه بوجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث
ثم انهم قالوا هذه مسئلة تسمى مخمسة كتاب الدعوى لان خمسة من العلماء فيها قولا
وهي خمس مسائل كما بينا ولو قال ذو اليد شريته منه اي من فلان الغائب لا تندفع
الخصومة لانه يزعم ان يده يد ملك صار معترفا بكونه خصما وكذا لا تندفع الخصومة
لو قال المدعي سرقته او غصبته مني فقال ذو اليد اودعنيه فلان الغائب
وان برهن ذو اليد على ايداع فلان الغائب لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه
لا بيده فلا تندفع دعواه بحالة الملك لغيره لانه لم يدع الملك عليه وانما ادعى عليه الفعل
وهو الغصب او السرقة بخلاف دعوى الملك المطلق لانه صار خصما فيه بيده حتى لا يصح
دعوى الملك على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وكذا لا تندفع ان قال
المدعي سرق مني على البناء للمفعول خلافا لمحمد حيث قال تندفع الخصومة لانه
لم يدع الفعل عليه بل ادعى الفعل على مجهول وهو باطل فالتحقت بالعدم فبقي دعوى
الملك ولنا ان هنا كتعيين ذي اليد للسرقة ولو عينه لم يندفع كذا هنا
لان ذلك الفعل يستدعي فاعلا والظاهر انه الذي في يده وانما ابهم درءا للحد فنزل
ذلك منزلة تعيينه ولو قال غصب مني يندفع اتفاقا لانه لا حد فيه فلا يحترز
عن كشفه فلو قضى عليه ثم حضر الغائب فاقام البينة على الملك تقبل لانه لم يصر مقضيا
عليه وانما قضي على ذي اليد فقط ولو قال المدعي ابتعته من زيد وقال ذو اليد اودعنيه
هو اي زيد اندفعت الخصومة بلا حجة لتصادقهما على ان اصل الملك فيه لزيد فالظاهر
ان وصوله الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة بل يد نيابة والدعوى انما
تصح على من يكون له يد ملك الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه
فح لا تندفع وتصح دعواه لانه يثبت بحجته انه احق بامساكه

باب دعوى الرجلين

لما فرغ من ذكر حكم المدعين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد قبل الاثنين
لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج فيه اي المطلق احق بالاعتبار يعني
اذا تنازعا في ملك مطلق فاقام الخارج بينة وذو اليد بينة كلاهما على الملك المطلق فبينة الخارج
اولى لان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالحديث كما مر وفيه خلاف الشافعي فيه وفي الملك المطلق
احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض فرعا
اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فانه في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع كما سيأتي انشاء الله

برهنا اي الخارجان على ما في يد اخر يعني ادعا اثنان عينا في يد اخر كل منهما يزعم انها له واقاما
البينة قضي لهما بطريق الاشتراك بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا اي تساقطتا وفي
قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في
حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل منهما فتهاترتا او يصار الى القرعة لانه صلى الله
عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان رجلين تنازعا في امة
بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما وقال اللهم انت الحكم تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت
قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين تنازعا في ناقة بين يدي رسول الله
صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين
وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه صلى الله عليه وسلم في شيء
واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام
اذا جلس لفصل القضاء تدلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى رسولنا صلى الله
عليه وسلم بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة
القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق كابتداء الاستحقاق فكما ان
تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذا تعيين المستحق بخروج القرعة
يكون قمارا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ثمه ولاية التعيين بغير قرعة وانما يقرع
لتطييب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار
واما قوله لان احدى البينتين كاذبة بيقين قلنا لا نسلم كذب احديهما بيقين
لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة
لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون اعتمد
سبب الملك بان رآه يشتري فيشهد على ذلك والاخر عاينها في اليد فشهد على ذلك
فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما
لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق كذا في العناية قال المولى الفاضل
سعدي افندي في قوله بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة
كلام احدهما لنفس الامر من اجلى الواضحات فكيف يمنع وليس ما ذكره في معرض السند
مما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب ان المانع عن قبول الشهادة هو كذبها شرعا وهو
مفقود هنا فالذي لا يسلمه الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى ولو
برهنا على نكاح امرأة سقطا اي البرهانان يعني ان برهن كل من الخارجين على ان هذه المرأة
زوجته سقط البرهانان ان لم يؤرخا او ارخا واستوى تاريخهما لتعذر القضاء بينهما
اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي اي المرأة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتباره الا ان احدهما زوجها الا ان تكون المرأة
في بيت الاخر او دخل بها فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها الى بيته
او تمكنه من الدخول بها دليل على سبق عقده فان ارخا وكان تاريخ احدهما سابقا فالسابق احق
لما فيه من زيادة الاثبات ولانه لا معارض له في ذلك الزمان فيقضى به في ذلك الزمان ويلزم
بطلان نكاح الاخر والحاصل انهما اذا تنازعا في امرأة واقاما البينة فان ارخا وتاريخ
احدهما اقدم كان هو اولى بها وان لم يؤرخا او ارخا واستوى تاريخهما فان كان مع
احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى بها وان لم يوجد شيء من ذلك
يرجع الى تصديق المرأة وان اقرت المرأة لاحدهما قبل البرهان فهي اي المرأة له يعني اذا
اقرت لاحدهما قبل ان يبرهن واحد منهما فهي امرأة الذي اقرت له لما عرفت ان النكاح يثبت
بتصادق الزوجين فان برهن الاخر بعد ذلك اي بعد اقرارها لاحدهما قضي له اي للمبرهن
لانه اقوى من التصادق لان البرهان ملزم وقوله له مفعول ما لم يسم فاعله فلا ضمير في قضي ولهذا

وان برهن احدهما فقضى له ثم برهن الآخر لا يقبل برهانه الا ان اثبت الآخر سبقه
لان البرهان مع التاريخ اقوى منه اي البرهان بدونه وكذا لا يقبل برهان خارج
على ذي يد نكاحه ظاهر يعني اذا كانت امرأة في يد رجل نكاحه ظاهر فادعى خارج انها
زوجته واقام البينة لم تقبل الا ان اثبت سبقه لما مر وان برهنا اي الخارجان
على شراء شيء من آخر اي من صاحب اليد فلكل نصفه بنصف ثمنه او تركه يعني اذا كان
عبد في يد رجل ادعى اثنان كل منهما انه اشتراه منه واقاما بينة بلا توقيت فكل واحد
منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي بينه شهوده ويرجع على
البائع بنصف الثمن ان كان دفعه لاستوائهما في الدعوى والحجة عليهما وان شاء
ترك لان تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن
فان قيل ينبغي القاضي يكذب احد الفريقين لان البيعين على عبد واحد من رجلين
من كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان قلنا
الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا ويتصور
بيعا في وقتين من واحد لعبد واحد فكل واحد منهما اعتمد سببا اطلق له الشهادة
فيجب العمل بها بحسب الامكان ولان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيليه
بان وكل رجلين كل واحد على الانفراد بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل
فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل وقوع البيعين في زمان واحد من
رجل واحد وبترك احدهما بعد ما قضى لهما لا يأخذ الآخر كله يعني اذا قضى
القاضي بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا
عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد
ولم يوجد بخلاف ما لو ترك احدهما قبل ما قضى حيث يكون للآخر ان يأخذ الجميع لانه اثبت
شراءه في الكل وانما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه معه فاذا زالت المزاحمة يقضى
بالكل وهذا كالشفيعين اذا سلم احدهما قبل قضاء القاضي لهما يقضى للآخر بجميع الدار
ولو كان تسليمه بعد القضاء لهما بالدار لم يكن للآخر الا نصف الدار قال صاحب الهداية
وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده انه لا خيار له وهو الظاهر
فان كان لاحدهما يد او تاريخ فهو اولى يعني ان برهنا على الشراء ولم يؤرخا
لكن لاحدهما يد فبرهان صاحب اليد اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه
قال صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احديهما ان الحادث يضاف
الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع المتأخر تأخرا زمانيا فهو متأخر اذا تقررتا
فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال
وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون
شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد تقرر ان التاريخ المتقدم
اولى وكذا لو كان برهنا على الشراء من آخر لكن ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فبرهان المؤرخ
اولى لانه اثبت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك
فان ارخا فالسابق اولى لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع به
ثم لا يقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك منه وان كان لاحدهما يد وللآخر تاريخ فذو اليد اولى
يعني ان برهنا على الشراء وارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر لكن للآخر يد فبرهان صاحب اليد
اولى لان بذكر التاريخ لا يزول احتمال سبق ذي اليد لما بينا ان تمكنه من قبضه يدل على
سبق شرائه الا ان يشهد الشهود ان شراء الخارج قبل شراء صاحب اليد اذ ينتقض به اليد
لان الصريح يفوت الدلالة والشراء احق من هبة وصدقة مع قبض يعني اذا ادعى احد
شراء من شخص والآخر هبة وقبضا من ذلك واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء اولى
لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض

بخلاف ما

بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه اولى اذ عند اختلاف
المملك يصير كل منهما خصما عن مملكه لحاجة الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا
اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما يحتاجان الى اثبات
سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد
كان الاقدم منهما تاريخا اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك مختلفا
حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ كذا في الدرر والهبة والصدقة فيما لا يحتمل القسمة سواء يعني لو ادعى
احدهما هبة وقبضا من شخص والآخر صدقة وقبضا من ذلك الشخص فهما سواء فيما لا يحتمل
القسمة كالعبد والدابة بالاتفاق فيقضى بينهما نصفين لاستوائهما في كونهما تبرعا
واما فيما يحتمل القسمة كالدار فهما سواء عند البعض فيقضى بينهما نصفين ايضا لان كل
واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض
لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع قال صاحب العناية قيل هذا
قول ابي حنيفة واما عند ابي يوسف ومحمد فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس
هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا انتهى بقول الفقير هاهنا قيل المسألة
بقوله فيما لا يحتمل القسمة اختيارا للاصح وما يتوهم من عدم تساوي الهبة
والصدقة بكون الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة فجوابه من كونه في العناية
ان شئت فراجعه وكذا الشراء والمهر عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى وعلى الزوج القيمة
يعني اذا ادعى رجل شراء عبد من ذي اليد وادعت امرأة ان ذا اليد تزوجها عليه
واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء استويا ويقضى
بالعبد بينهما عند ابي يوسف لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة
يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن
ان كان نقده اياه وعند محمد الشراء اولى لان العمل بالبينتين مهما امكن واجب لكونهما حجتين من حجج
الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل ببينة الشراء لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة
وان قدمنا الشراء يصح العمل ببينة المهر لان التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة
ويجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديم الشراء وعلى الزوج القيمة والرهن مع القبض
اولى من الهبة بغير عوض معه يعني ان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا
فالرهن اولى استحسانا وفي القياس الهبة اولى لانها توجب ملك العين والرهن لا يوجب
فكان السبب الموجب لملك العين اقوى وجه الاستحسان ان الرهن عقد ضمان والهبة
عقد تبرع وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع وهذا لانه يثبت البدلين المرهون والدين
والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فصار كالشراء مع الهبة فان كانت الهبة بشرط العوض
فهي اي الهبة اولى من الرهن لانها بشرط العوض بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن لان البيع
عقد ضمان يثبت به الملك صورة ومعنى والرهن يثبت عند الهلاك معنى لا صورة
فكذا الهبة بشرط العوض وان برهن خارجان على ملك مؤرخ او شراء مؤرخ
من واحد متعلق بشراء غير ذي اليد احترز بهذا عما اذا برهنا على ما في يد آخر
على ما مر من قوله وبرهنا على ما في يد آخر قضي به لهما فالسابق اولى لانه اثبت الملك
لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره الا اذا تلقى
الملك منه ومن ينازعه لا يتلقى الملك منه فلا يقضى له وان برهن احدهما على الشراء
من زيد والآخر عليه اي على الشراء من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء لانهما يثبتان الملك
لبائعهما فيجعل كانهما حضرا وادعيا الملك بلا تاريخ فيكون بينهما نصفين وكذا لو وقت احدهما فقط
يعني ان برهن احدهما على الشراء من زيد والآخر عليه من بكر ووقت احدهما ولم يوقت الآخر استويا ويكون بينهما نصفين
لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له به حتى يتبين انه تقدمه غيره

لبايعهما

ولم يبين

ولو برهن خارج على الشراء من فلان وبرهن آخر على الهبة والقبض من غيره وبرهن خارج
آخر على الإرث من أبيه وبرهن خارج آخر على الصدقة والقبض من رابع قضي بينهم أرباعا
لأنهم يتلقون الملك من مملكهم فصاروا كما لو حضروا وبرهنوا على الملك المطلق وثم يقضى بينهم أرباعا
فكذا هنا ولو برهن خارج على ملك مؤرخ وبرهن ذو اليد على ملك أقدم منه أي من تاريخ الخارج
فذو اليد أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ورواية عن محمد خلافا لمحمد في رواية
قيل يعني ابن سماعة عن محمد أنه لا تقبل بينة ذي اليد ورجع عن قوله الأول بعد عوده
من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومائة وقال الخارج أولى لأن البينتين قامتا على ملك مطلق
ولم يتعرضا لجهة الملك فاستوى التقدم والتأخر فيقضى للخارج ولهما أن البينة
مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فإن من ادعى
على ذي اليد عينا وأنكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة
منه وقد مر قبيل هذا قبول بينة ذي اليد في العين في يده وديعة حتى تندفع عنه
دعوى المدعي عند إقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد للدفع وصارت هنا
بينة بذكر التاريخ الأقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا
بعد إثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وكذا الخلاف لو كانت اليد لهما
يعني صاحب الوقت الأول أولى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد لا معتبر بالوقت
لما بينا من الدليل ولو برهن خارج وذو اليد على ملك مطلق ووقت أحدهما فقط
دون الآخر فالخارج أولى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة
ذو الوقت أولى لأنه أقدم وصار كما في دعوى الشراء إذا أرخ أحدهما كان صاحب
التاريخ أولى وقد مر ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل إذا تضمنت معنى الدفع
لما مر آنفا ولا دفع هنا لأنه إنما يكون إذا ثبت التلقي من جهته وهنا
وقع الشك في ذلك لأن بذكر تاريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه
من جهته لاحتمال أن الآخر لو وقت كان أقدم تاريخا بخلاف ما إذا أرخا وكان
تاريخ ذي اليد أقدم كما تقدم ولو كان المدعى في أيديهما أو في يد ثالث والمسألة
بحالها أي أرخ أحدهما دون الآخر فهما سواء يقضى بينهما نصفين عند أبي حنيفة
وعند أبي يوسف لذي الوقت أولى وعند محمد الذي أطلق أولى لأن
الإطلاق دعوى أولية الملك بدليل استحقاق ثبت الملك الزوائد المتصلة
كالسمن والمنفصلة كالأكساب وكان ملكا من الأصل وملك الأصل أولى من التاريخ
ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والإطلاق يحتمل غير
الأولية والترجيح باليقين ولأبي حنيفة أن التاريخ يزاحمه عدم التقدم لأن الذي
لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث أن دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة
المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ فإذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه لاحقا من وجه
كان المؤرخ أيضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فيجعل كأنهما ملكا معا وعند
ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ وهذا معنى قولهم إن دعوى التاريخ حالة الانفراد
ساقط الاعتبار كذا في العناية يقول الفقير جعل المص حكم المسألتين أي كون
المدعى في أيديهما وكونه في يد ثالث واحدا تبعا لصاحب الهداية لكون المدعى في
أيديهما حكم المسألة التي تليه ولكونه في يد ثالث حكما آخر حيث قال ما بين حكم المسألة
التي تليها وهي ما إذا أقام الخارج وذو اليد على ملك مطلق ووقت أحدهما دون الآخر
بأن الخارج أولى عند أبي حنيفة ومحمد وصاحب الوقت أولى عند أبي يوسف وعلى هذا
إذا كان في أيديهما وأرخ أحدهما دون الآخر فعندهما لا عبرة بالتاريخ وعند أبي يوسف
صاحب التاريخ أولى ثم قال ولو كان في يد ثالث والمسألة بحالها فبين حكمها آخرا بما ذكره

والرقة مدينة على الفرات واسطة ديار ربيعة وآخر غربي بغداد وقرية أسفل منها بفرسخ ومدينة بقوهستان وموضعان آخران كما في القاموس

باليقين

معنى ظ

متعلق بقوله بين

تتبع

تتبع وتدبر حتى يظهر لك ما بينهما لكن المص اقتفى أثر صاحب التسهيل حيث جعل حكم المسألتين واحدا
كما فعله المص حيث قال لو برهن خارجان أرخا وفي يد على ملك مطلق إلى آخر ما ذكره انتهى
وإن برهن خارج وذو اليد على النتاج فذو اليد أولى لأن دعوى النتاج دعوى أولية الملك
وقد استويا في أولية الملك فيترجح صاحب اليد باليد وهو استحسان وفي القياس
الخارج أولى وبه أخذ ابن أبي ليلى وقال عيسى بن أبان الطريق عندي في النتاج تهاتر
البينتين ليتيقن القاضي بكذب أحدهما إذ لا يتصور النتاج دابة من دابتين فيقضي
لذي اليد قضاء ترك لتهاتر البينتين وصار كأنهما لم يقيما البينة ولو لم يقيما البينة
يقضى لذي اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج وكذا هنا وهذا ليس بصحيح
لأن محمدا رح قد ذكر في خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج أنه
يقضى بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قال لكان يترك في يد ذي اليد فعلم
أن القضاء لذي اليد قضاء استحقاق حتى لا يحلف ذو اليد للخارج كذا في الكافي
نقلا عن الذخيرة وقال صاحب البداية اختلف مشايخنا المتأخرون أن القضاء
لذي اليد في باب النتاج قضاء ترك أم استحقاق فعلى قول عامة مشايخنا قضاء استحقاق
وعلى قول عيسى بن أبان قضاء ترك وفائدة الاختلاف تظهر في حق الاستحقاق فعندنا
يقضى لذي اليد قضاء استحقاق ولا يستحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف
ذو اليد للخارج وذهب في ذلك أن البينتين تهاترتا فبطلتا فكأنهما لم يقيما
البينة أصلا ولو لم تقم البينة يقضى لذي اليد قضاء ترك بعد ما يستحلف للخارج
فكذلك هنا انتهى وكذا لو برهن كل على تلقي الملك من آخر وعلى النتاج عنده
يعني إذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من رجل وأقام كل واحد منهما البينة على النتاج
عند ذلك الرجل يعني على النتاج عند بائعه فذو اليد أولى من الخارج أيضا فيقضى
لذي اليد كأن البائعين قد حضرا وأقاما على ذلك بينة فإنه يقضى لصاحب اليد
فكذلك هنا ولو برهن أحدهما أي الخارج وذو اليد على الملك المطلق والآخر
على النتاج فصاحب النتاج أولى خارجا كان أو ذا يد لأن بينته قامت على أولية
فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته وكذا لو كانا خارجين فبرهن
أحدهما على الملك المطلق والآخر على النتاج فبينة النتاج أولى لما ذكرنا أنها
تدل على أولية الملك فلا يثبت التلقي للآخر إلا من جهته ولو قضي بالنتاج لذي
اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضي له إلا أن يعيد ذو اليد برهانه
لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لأن المقضي به الملك وثبوت الملك
بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فإذا أعاد ذو اليد بينته قضي له
تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وإن لم يعد قضي بها للثالث
كما لو برهن المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج يقبل وينقض به القضاء
يعني لو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق وبرهنا فقضي على ذي اليد بالملك
ثم إن ذا اليد المقضي عليه لو أقام البينة على النتاج يقبل وينقض به القضاء الأول
لأنه بمنزلة النص دلالة على الأولية قطعا فكان القضاء واقعا على خلاف فكالقضاء
الواقع على خلاف النص وكل سبب لا يتكرر فهو مثل النتاج كنسج ثياب لا تنسج
إلا مرة فقد تقدم أن القياس ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن بينة الخارج في النتاج أولى
من بينة ذي اليد وما ذهبنا إليه استحسان تركنا به القياس لما روى جابر رضي الله عنه
أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة
أنها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده فإذا كان كذلك فلا يلحق
بالنتاج إلا ما كان في معناه من كل وجه فما لا يتكرر من الأسباب إذا ادعاه كان كدعوى النتاج
كما إذا ادعى رجل ثوبا أنه ملكه نسجه وهو مما لا يتكرر نسجه وكما إذا ادعى غزل قطن أنه ملكه غزلته بيدها

بالتلقي صح

البينة الملك

وكحلب اللبن فانه مما لا يتكرر ايضا فاذا ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته كان كدعوى النتاج
واتخاذ الجبن بان ادعى جبنا انه ملكه صنعه ملكه واللبد بان ادعى لبدا بانه صنعه
من الصوف الذي هو ملكه وهو بكسر اللام وسكون الباء ما يصنع من الصوف يقال له بالتركي
كچه والمرعزى بان ادعى مرعزى بانه ملكه صنعه ملكه واللبد بان ادعى لبدا بانه
صنعه من الصوف الذي هو ملكه وهو بكسر الميم وسكون الراء وكسر العين المهملتين
وتشديد الزاء المعجمة وقصر الالف الشعر الخفيف ينتف من ظهر المعز ويعمل منه
الامتعة الرقيقة وجز الصوف بان ادعى صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته
فاذا اقام الخارج على ما ذكره بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام بينة فانه
يقضى بذلك لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فليحق به بدلالة النص
وما يتكرر اي كل سبب يتكرر لا يكون في معنى النتاج ويكون
بمنزلة الملك المطلق فيقضى للخارج لا لذي اليد كنسج الخز وهو اسم دابة
في الاصل ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا فانه مما يتكرر لانه ينسج فاذا بلي يغزل
مرة اخرى ثم ينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه وادعى ذو اليد انه ملكه من خزه
يقضى للخارج وكالبناء فانه مما يتكرر لانه يبنى ثم يهدم ثم يبنى
والغرس فانه يغرس في موضع ثم يقلع ويغرس ثانيا وزراعة البر والحبوب
فان البر قد يزرع ثم يغربل التراب فيميز البر منه ثم يزرع ثانيا وكذلك الحبوب
فاذا ادعى دارا انها ملكه بناها او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او حنطة انها
ملكه زرعها او حبا آخر من الحبوب انه ملكه زرعه واقام على ذلك بينة وادعى
ذو اليد كذلك واقام بينة فيقضى للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها
واذا لم يكن في معناه لا تلحق به وما اشكل بحيث لا يتيقن بالتكرر وعدمه
يرجع فيه الى اهل الخبرة ويبنى الحكم على اخبارهم لقوله تعالى فاسألوا اهل الذكر ان كنتم
لا تعلمون فان اشكل عليهم اي على اهل الخبرة جعل كالمطلق فيقضى به للخارج
لان القضاء ببينة الخارج هو الاصل لانه القياس والعدول كان بخبر النتاج
كما رويناه فاذا اشكل حال المدعى ولم يكن الحاقه بالنتاج رد الى الاصل وهو القياس
فيقضى للخارج وان برهن خارج على ملك مطلق وذو اليد على الشراء منه فهو اولى
يعني ان كان عبد مثلا في يد زيد فادعاه بكر بانه ملكه وبرهن زيد على الشراء منه
فذو اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه
ولا تنافي بينهما فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه
وان برهن كل منهما اي كل من الخارج وذي اليد على الشراء من صاحبه ولا
تاريخ تهاترا اي سقط البرهانان وترك المال في يد ذي اليد عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن
فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دليل السبق على ما مر ولا يعكس
اي لا يجعل كان الخارج اشتراه من ذي اليد اولا ثم باع منه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض
وذلك لا يجوز عنده وان كان في العقار ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري
بالملك للبائع فصار كانهما اقاما على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا هنا
وان وقتا في العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضي لذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يقضى للخارج يعني عقار في يد رجل ادعى خارج انه اشتراه من ذي اليد
وادعى ذو اليد انه اشتراه من الخارج واقاما البينة وان وقتت البينتان ويكون
فان كان وقت الخارج سابقا ولم يشهد الشهود بالقبض قضي به لذي اليد عند ابي حنيفة وابي
يوسف لان شراءه ثبت سابقا ثم اشترى منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار
قبل القبض جائز عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يجوز بيع العقار قبل القبض

وان

الجبن م ~ اسم معروف ~ قاموس ~ الجبن يبنير المتاع من البقال ~ لمحرره
غربله نخله ~ قاموس ~ اي التراب منخل الك ~ لمحرره
اشكل الامر التبس ~ قاموس ~ يعني لازم ~ لمحرره

بج

وان اثبتا قبضا قضي لذي اليد اتفاقا كان الخارج باع من بايعه بعد ما قبضه فكان بيع
المبيع بعد القبض وان كان وقت ذي اليد اسبق قضي للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا
بالقبض او لم يشهدوا واما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا به فيجعل كان
ذا اليد اشتراه اولا على ما شهدوا ثم باع من الخارج ولم يسلم اليه او سلم اليه ثم عاد اليه
بوجه آخر فيؤمر بالتسليم اليه ولا ترجيح بكثرة الشهود يعني اذا اقام احد المدعيين
شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بالقوة فيها الا يرى ان خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية
بالاخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة
كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة بالعدالة لانها صفة
الشهادة ولا ترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها بشهادة كل عدد
نصاب كامل وعند الاوزاعي يقضى لاكثرهما عددا لان القلب الى قول الاكثر اميل
وان ادعى احد خارجين نصف دار والآخر كلها وبرهنا على ذلك فالربع للاول
عند ابي حنيفة وعندهما للاول الثلث والباقي للآخر يعني دار في يد رجل ادعى رجل
نصفها وآخر كلها وبرهنا على ذلك فعند ابي حنيفة يقسم الدار بين المدعيين على
المنازعة ارباعا ربعها لمدعي النصف وثلاثة ارباعها لمدعي الكل لان مدعي
النصف لا منازعة له فيما وراء النصف فيسلم النصف لمدعي الكل بلا منازعة
واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيتنصف بينهما فتجعل الدار على اربعة
لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة وعندهما تقسم
بينهما اثلاثا على طريق العول والمضاربة فيضرب بحساب الكل بكل حقه سهمين
اذ الدار جعلت سهمين لحاجتنا الى النصف ويضرب بحساب النصف
بكل حقه بسهم فتقسم بينهما اثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف
ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرهما صاحب الكافي ان شئت فراجعه
وان كانت الدار في يديهما فكلها لمدعي الكل نصف قضاء ونصف بلا قضاء
والاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين ينصرف الى ما في يده
لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامر المسلمين على الصحة وان بينة الخارج
اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لا يدعي
على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف
فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء
وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد
وبينة الخارج اولى فيقضى له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي
كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده
وان برهن خارجان على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه
بشهادة الظاهر لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فيترجح قال
صاحب الاصلاح والايضاح ولا فرق في ذلك بين ان يكون الدابة في ايديهما
او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى
في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما ولهما ان كانت
في ايديهما او في يد ثالث ذكره في التبيين انتهى ووقع في الدرر هكذا يقول الفقير
اذا كان الامر كذلك كان ينبغي للمصنف ان لا يقول وان برهن خارجان ويقول
وان برهنا ليكون اعم كما وقع في الهداية هكذا تتبع وان اشكل اي سن الدابة بان
لا يوافق التاريخين فلهما اي يقضى لهما بها لان احدهما ليس باولى من الآخر وان خالفهما
اي خالف سنها الوقتين بطل البرهانان لظهور كذب الفريقين

سفالدورنا

فيترك في يد من كانت في يده قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة كذا ذكره الحاكم الشهيد
كذا في الهداية والكافي وقال الزيلعي الاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما
ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى لذي اليد
واختار صاحب الدرر ما ذكره الزيلعي حيث قال وان خالف سنها الوقتين
كانت لهما ان كان فيهما لو كان المدعيان خارجين او ذوا يد ولذي يد احدهما
كانت له ثم قال والاول ما ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشيء انتهى
وان برهن احد الخارجين على غصب شيء والاخر على وديعة استويا يعني
اذا كان عين في يد رجل فبرهن احد الخارجين على ذي اليد انك غصبت هذا
مني وبرهن الخارج الاخر عليه انه اودعت هذا الشيء عندك استويا فيقضى بينهما
لاستوائهما لان المودع اذا جحد الوديعة صار غاصبا واقامة الخارج
بينته على الوديعة تتضمن جحد ذي اليد اياها ثم اعلم ان حاصل ادعاء الرجلين
في عين يرتقي الى ستة وثلاثين فصلا على ما ذكره صاحب الكافي حيث قال
اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا ورهنا فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا
او ارثا او شراء وكل قسم ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث
او في يد احدهما وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لم يؤرخا او ارخا
تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون
الاخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا لكن قال صاحب التسهيل
جامع الفصولين اما نحن فيقول العبد الضعيف محمود بن قاضي سماونه عفي عنهما
هذه سبعة آلاف وستمائة وخمسة وسبعون مسئلة فيما يدعيه الرجلان
اتفق لنا تأليفها بعون الله تعالى وتوفيقه ثم شرع في تفصيلها فقال
اعلم ان الرجلين لو ادعيا عينا فلا يخلو اما ان يكون ملكا مطلقا او ارثا او شراء
او هبة او صدقة او رهنا او نكاحا او اجارة او شفعة او صلحا او وقفا
او وصية وهذه اثنتا عشرة مسئلة ولا يخلو اما ان يدعيا بجهة واحدة و
اقسامها هي الاثنتا عشرة المذكورة او يدعيا بجهتين مختلفتين بان يدعي
احدهما ملكا مطلقا والاخر ارثا او شراء او هبة او صدقة او رهنا او نكاحا
او اجارة او شفعة او صلحا او وقفا او وصية وهذه احدى عشر
او يدعي احدهما ارثا والاخر شراء او هبة او صدقة او رهنا او نكاحا او اجارة
او شفعة او صلحا او وقفا او وصية وهذه عشرة او يدعي احدهما شراء والاخر
هبة او صدقة او رهنا او نكاحا او اجارة او شفعة او صلحا او وقفا
او وصية وهذه تسعة او يدعي احدهما هبة والاخر صدقة او رهنا او نكاحا
او اجارة او شفعة او صلحا او وقفا او وصية وهذه ثمانية او يدعي
احدهما صدقة والاخر رهنا او نكاحا او اجارة او شفعة او صلحا او وقفا
او وصية وهذه سبعة او يدعي احدهما رهنا والاخر نكاحا او اجارة
او شفعة او صلحا او وقفا او وصية وهذه ستة او يدعي احدهما نكاحا
والاخر اجارة او شفعة او صلحا او وقفا او وصية وهذه خمسة او يدعي
احدهما اجارة والاخر شفعة او صلحا او وقفا او وصية وهذه اربعة
او يدعي احدهما شفعة والاخر صلحا او وقفا او وصية وهذه ثلاثة
او يدعي احدهما صلحا والاخر وقفا او وصية وهما اثنتان
او يدعي احدهما وقفا والاخر وصية وهذه قسم واحد فالكل ثمانية
وسبعون مسئلة الى اخر ما ذكره ان شئت جميعها فراجعه حتى يحصل لك الشبع
يقول الفقير الحق انه تفرد في هذا الامر الخطير ولم يسبق اليه عالم نحرير دره بالملك القدير

فصل

فصل في التنازع بالأيدي

لما فرغ من بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد
وقدم وقوعه بالبينة لانه اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد
لابس الثوب اولى من الاخذ بكمه يعني اذا تنازعا في ثوب احدهما لابسه والاخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لان اللابس اظهر تصرفا فكان صاحب يد والمتعلق خارجا فذو اليد اولى
واما اذا اقاما البينة فبينة الخارج اولى لما مر مرارا والراكب احق من الاخذ باللجام
يعني اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها كان الراكب احق لان
تصرفه اظهر ومن في السرج احق من الرديف لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدمه
ولو تعلق احدهما بذنبها والاخر ممسك بلجامها كانت للممسك اذ لا يمسك اللجام غالبا
الا المالك بخلاف المتعلق بالذنب وصاحب الحمل اولى ممن علق كوزه عليها يعني
اذا تنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما وللاخر كوز معلق فالاول اولى لانه اكثر تصرفا فيها
والراكبان بلا سرج او الراكبان فيه اي في السرج سواء لاستوائهما في التصرف
وكذا الجالس على البساط والمتعلق به يعني يتنصف البساط بين الجالس عليه والمتعلق
بحكم الاستواء بينهما لا على طريق القضاء يعني لا على طريق الترك والقسمة بينهما لان اليد
على البساط اما بالنقل او التحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون
الجالس عليه بيد فليس بايديهما بخلاف الركوب واللبس حيث ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على
السواء فيترك في ايديهما بخلاف الركوب واللبس حيث يكون بهما غاصبا لثبوت يده
ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط وكذا من معه اي في يده ثوب وطرفه مع اخر
يعني يتنصف بينهما لان يد كل منهما ثابت فيه وان كان يد احدهما في الاكثر ولا يترجح به
لما مر ان الترجيح لا يكون بالاكثرية والحائط وهو الجدار لمن جذوعه عليه اي على الحائط
لان صاحب الجذوع مستعمل للحائط والاخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها
ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق بها او لمن اتصل به بنائه اتصال تربيع اعلم
ان الاتصال نوعان احدهما اتصال ملازقة وهو ان يلازق احد الطرفين بالاخر
والثاني اتصال تربيع وهو ان يكون لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة في لبنات
الحائط الذي لا نزاع فيه ان كان الحائط من مدر او آجر وان كان من خشب فالتربيع
ان يكون اطراف خشبات احدهما مركبة في الاخر لانه شاهد ظاهر لصاحبه لان الظاهر
انه هو الذي بنا هذا الحائط اذ مداخلة انصاف اللبنات واطراف الخشبات
لا يتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان اولى وانما سمي هذا اتصال تربيع لانهما
انما يبنيان ليحيطا مع جدارين اخريين بمكان مربع كذا في صدر الشريعة
لا لمن له عليه هرادي هي جمع هردي بكسر الهاء وسكون الراء وفتح الدال المهملتين وقصر الالف
نوع من النبت وقيل قصب يوضع فوق الحائط كذا في نقد الدرر وفي صاحب العناية
جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب
عن الليث يقال له بالفارسية ورد ولد انتهى وقال بعضهم وهي خشبات توضع على الجذوع
ويلقى عليها التراب وهي غير معتبرة لانها لم تكن استعمالا للحائط وضعفاء الحائط
لا يبنى للهرادي بل للتسقيف وهو لا يمكن على الهرادي بل الجاران فيه سواء يعني
لو تنازعا في حائط عليه لاحدهما هرادي وليس للاخر عليه شيء لا يكون من له عليه هرادي
اولى ممن ليس له عليه شيء بل يكون بينهما ولا يختص به صاحب الهرادي وان كان
لكل من الرجلين عليه اي على الحائط ثلثة جذوع فبينهما لاستوائهما ولا ترجيح بالاكثر فيما
بعد الثلاثة حتى لو كان لاحدهما عليه عشرة جذوع فهو بينهما نصفان لان لكل واحد منهما حجة مشروعة
يبنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة بعد تمام النصاب اذ الثلاث اقل الجمع كما لو
تنازعا في ثياب ولاحدهما عليها ثلثون منا وللاخر مائة من كانت بينهما نصفين وكلمة في قوله منها للتبيين وليست تبعيضية

وان كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللاخر اقل فلذي الثلاثة وللاخر موضع خشبة قال صاحب الهداية وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لكثرة الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق انتهى وقال صاحب العناية وان كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع ولفظ الموضع مفعله ميمي وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة قوله والقياس آه راجع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة آه يعني ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع او الجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا في الروايتين المذكورتين وجه الرواية الثانية ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الرواية الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المص اي مصنف الهداية من جعل الجذعين كجذع واحد قول بعض المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف بهما انتهى ما في العناية ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فلذي الاتصال وللاخر اي لصاحب الجذوع حق الوضع لان الحائطين صارا في حكم حائط واحد باتصال مداخلة اللبنات وبعضه لاحدهما بالاتفاق ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله او يرجح المختلف فيه الى المتفق عليه وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني وقيل لذي الجذوع لان له استعمالا وتصرفا ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى لانه المقصود باليد وذو بيت من دار كذي بيوت منها اي من الدار في حق ساحتها اي ساحة الدار يعني عشرة بيوت من دار في يد رجل وبيت منها في يد اخر تنازعا في الساحة بينهما نصفان لانهما سيان في استعمال الساحة بالمرور والضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها وهما في هذه الاشياء سيان فصارت نظير الطريق بخلاف الشرب اذا تنازعا فيه فانه يقسم بينهما بقدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضي يكثر الحاجة اليه وبخلاف ما اذا تنازعا في ثوب وفي يد احدهما جميع الثوب وفي يد الاخر هدبه يقضى لصاحب الجملة لان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع الملك في يد احدهما والاخر كالاجنبي عنه فافهم

ولو

ولو ادعيا ارضا كل واحد منهما انها اي الارض في يده وبرهنا كذلك قضي بيدهما اعتبارا لليد بالملك وان لم يبرهن كل واحد منهما على انها في يده لم يقض بانها في يد احدهما لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته ولانه جاز ان يكون في يد غيرهما فلو قضى لهما او لاحدهما باليد لبطل يد صاحب اليد لو كان وانه لا يجوز فان برهن احدهما فقط او كان احدهما لبن فيها لبنا او بنى فيها او حفر فيها قضي بيده اما في الاولى فلانه نور دعواه بالحجة وجعل الاخر خارجا واما في الصورة الباقية فلوجود التصرف والاستعمال فيها ومن ضرورة التصرف والاستعمال اثبات اليد كالركوب في الدابة واللبس في الثياب وفي يد صبي يعبر عن نفسه اي يتكلم ويعلم ما يقول ويعقل نحو ما يجري على لسانه قال انا حر فالقول له لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه لما فيه من الكرامة بموجب قوله تعالى ولقد كرمنا بني ادم اذ كونه في يد غيره دليل الاهانة ويمنع ثبوت يد على نفسه لا يثبت يد الغير عليه للتنافي بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا لعجز يعتريه فلو يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه اي لا يعقل ما يجري على لسانه وقد يكون بثبوت الرق عليه لان الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة وان قال هذا الصغير انا عبد لفلان غير ذي اليد وقال الذي في يده انه عبدي فهو عبد لذي اليد لانه متى اقر على نفسه بالرق فقد اقر بسقوط اعتباره فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا يتخلص منه الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لعجزه وعدم المضار والصغير يعرف من المضار وبعض المنافع قلنا ثبوته بدعوى ذي اليد لا باقراره وباقراره اندفع المعارض وكذا من لا يعبر عن نفسه يعني هو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه فكان يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون قوله انه ملكه وهو بمنزلة الثوب والبهيمة فلو ادعى الحرية عند كبره لا يقبل قوله بلا حجة لانه ظهر الرق عليه في صباه فلا ينقض الا باثبات ظاهرا بلا حجة

باب دعوى النسب

لما فرغ من بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى النسب وقدم دعوى الاموال لانها اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا ولدت امة مبيعة لاقل من نصف سنة منذ بيعت فادعاه البائع فهو اي الولد ابنه وهي اي الامة ام ولده وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بجواز البيع فكان في دعواه متناقضا والتناقض يبطل الدعوى ولا نسب بدون الدعوى ولنا انه امكن اثبات النسب منه فيثبت وهذا لان تيقنا بحصول العلوق في ملكه لما ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع وذا ينزل منزلة البينة العادلة في اثبات النسب منه اذ الظاهر عدم الزنا منهما ومبنى النسب على الخفاء فقد يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر له انه منه فكان عذرا له في اسقاط اعتبار التناقض فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده ويفسخ البيع لامتناع جواز بيع ام الولد ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق لان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او ادعاه المشتري بعدها اي بعد دعوة البائع يعني يكون الولد ابنه وهي ام ولده وان ادعاه البائع وحده او ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعد دعوة البائع اما اذا ادعاه وحده او ادعاه المشتري بعد دعوة البائع فظهر على ما بيناه واما اذا ادعاه المشتري مع دعوة البائع فلان دعوة البائع اسبق لاستنادها الى وقت العلوق

وافتقهار دعوى المشتري على الحال لكونها دعوى تحرير اذ اصل العلوق لم يكن في ملكه
فيكون دعوى البايع سابقة معنى وان كانتا معا فكانت دعوى البايع اولى
وكذا لو ادعاه البايع بعد موت الام او عتقها يعني ان ماتت الام ثم ادعاه
البايع وقد ولدت لاقل من ستة اشهر منذ بيعت يثبت نسب الولد من البايع ويأخذه
البايع لان الولد هو الاصل في النسب لان الام تستفيد الحرية منه الا يرى ان قوله
صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية و
الحقيقة اقوى من الحق فيستتبع الادنى ولا يضره فوات التبع وكذا لو حبلت امة
في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري لاقل من ستة اشهر من باعها فادعى البايع الولد
وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه ايضا ويحكم بحريته ولا تصح دعوته في حق الام
حتى لا تصير ام ولده لان دعوته ان صحت في حق الام بطل اعتاق المشتري والعتق بعد
وقوعه لا يحتمل البطلان ويرد حصته اي حصة الولد من الثمن في العتق اي عتق الام
ويرد كل الثمن في الموت عند ابي حنيفة لانه ظهر انه باع ام ولده وهي غير متقومة عنده
في البيع والغصب فهلكت عند المشتري غير مضمونة وانتقض البيع ويرد كل الثمن
وقالا يرد حصته فيهما اي في العتق والموت لانها متقومة عندهما فيضمنها •
يقول الفقير فعلى ما ذكره المص يكون رد حصته من الثمن لا حصتها في العتق متفقا عليه انما
الخلاف في الموت فعنده يرد كل الثمن فيه وعندهما يرد حصته هو ما ذكر في المبسوط
حيث قال صاحب الكافي وذكر في المبسوط انه يرد حصته من الثمن لا حصتها في العتق
بالاتفاق وفرق بين الموت والعتق ووجهه ان القاضي كذب البايع فيما زعم حيث
جعلها معتقة من المشتري فبطل زعم البايع ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فهو
اخذ بزعمه فيرد على المشتري حصتها ايضا لكن المفهوم من الهداية ان الخلاف ثابت فيهما
حيث قال بعد ما ذكر في الجامع الصغير وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن
قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت انتهى قال صاحب العناية
وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر شمس الايمة في المبسوط وقاضيخان والمحبوبي انه يرد ما يخص
الولد من الثمن بخلاف الموت تتبع وتدبر ولو ادعاه البايع بعد موته اي بعد موت الولد
او بعد عتقه اي بعد عتق الولد ردت دعواه • اما في صورة موت الولد فلاستغنائه
بالموت عن النسب ولم تصر الجارية ام ولده لان الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت الاستيلاد
بدون النسب لكان الاستيلاد اصلا وهو لا يجوز • واما في صورة عتق الولد
فلان المقصود بالدعوى الولد لانه المقصود في ثبوت النسب والام تبع ولهذا ينسب الولد اليه
بلا واسطة والام تنسب اليه بواسطة الولد فاذا اعتق المشتري الولد فقد حصل بالولد
ما يمنع الدعوى وهو الاعتاق لان اعتاق المشتري صحيح ظاهرا • ولو صحت دعوته في حق الولد
يبطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه وصحته لا يحتمل البطلان فلم يصح الدعوى في حق الولد كيلا يبطل
~~اعتاقه والعتق بعد وقوعه وصحته~~ اعتاق المشتري في حق الام ايضا لانها تبع له •
ولو ولدت الجارية المبيعة لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين مذ بيعت
ان صدقه المشتري في الدعوى فالحكم كالاول يعني يصير الولد ابنه وهي ام ولد له
ويفسخ البيع ويرد الثمن والا اي وان لم يصدقه المشتري فلا يثبت النسب لانه احتمل
ان العلوق لم يكن في ملكه فلم يوجد الشاهد فلا بد من تصديقه فان صدقه يثبت
النسب ويبطل البيع ويكون الولد حرا والام ام ولد لانهما تصادقا واحتمل ان يكون
العلوق في الملك وان ولدت لاكثر من سنتين مذ بيعت لا تصح دعوته لانه لم يوجد
اتصال العلوق بملكه وهو الاصل فان صدقه المشتري يثبت نسبه اي نسب الولد •
ويحمل على النكاح يعني يحمل على ان البايع استولدها بحكم النكاح حملا لامره على الصلاح ولا يرد البيع
لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملك البايع لانه لا يبقى في ذلك كيعو الولد لا يبقى في البطن لاكثر من سنتين ولو بقلكه سوا له

ولا يعتق

ولا يعتق الولد لانه اذا لم يكن العلوق في الملك فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد
ولا حق العتق للام فلا تصير ام ولد واذا لم تصر ام ولد بقي دعوة التحرير وغير المالك
ليس من اهله والبايع ليس بمالك وان باع عبدا ولد عنده ثم ادعاه بعد بيع مشتريه
من اخر صحت دعوته ويكون هو ابنه ورد بيع مشتريه لاحتمال النقض وما للبايع
من حق الدعوى لا يحتمل النقض فينتقض البيع لاجله وكذا لو كاتبه المشتري
او كاتب المشتري الام او رهن الولد او امه او اجر الولد او زوجها ثم كانت الدعوى
صحت اي دعوته ونقضت هذه التصرفات لانها تحتمل النقض فينتقض كلها
ويصح الدعوى بخلاف الاعتاق لانه لا يحتمل النقض ولو باع احد توأمين قال
صاحب البناية قال شمس الايمة يجوز ان يقال غلامان توأم وتوأمان لكن قال
صاحب المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه اخر في بطن واحد يقال هما توأمان وقولهم
هما توأم وهما توأم خطأ ويقال للانثى توأمة انتهى • فما في المغرب يخالف لما ذكره
شمس الايمة انتهى • ولدا عنده فاعتقه مشتريه ثم ادعى البايع الولد الاخر ثبت نسبهما
منه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوى ملكه
اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل فيه ضرورة
لانهما توأمان فيستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والاخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد
فتبين ان عتق المشتري وشراءه لا في حر الاصل فيبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا
لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البايع وانه لا يجوز وههنا يثبت
الحرية في الذي عنده ثم يتعدى الى الاخر ضمنا وتبعا فيستغني عن قيام الولاية هنا
اذا كان اصل العلوق في ملك البايع فان لم يكن اصل العلوق في ملك البايع والمسئلة
بحالها ثبت نسب الولدين من البايع ايضا لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد
ثبت نسب الذي عنده لمصادفة الدعوى ملكه فيثبت نسب الاخر ضرورة ويعتق
الذي عند البايع على البايع ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينتقض بيعه
لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لافتقار دعوى الاستيلاد الى اتصال
العلوق بملك من يدعيه واذا كانت دعوة تحرير يقتصر على محل ولايته فصار كان
البايع اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوأمين
يعتق عن حرية الاخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه ومن في يده صبي
لو قال هو ابن زيد ثم قال هو ابني لا يكون ابنه ابدا اي ابدا وان جحد زيد بنوته
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح ان جحد زيد بنوته ويكون ابنا للذي في اليد •
لان الاقرار يرتد برد زيد فصار كان لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان
لم يحتمل النقض ولابي حنيفة ان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد
بالرد اذ تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه • وايضا
تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له وان صدقه زيد او لم يدر تصديقه ولا
تكذيبه لم يصح دعوة المقر عندهم جميعا ولو كان الصبي في يد مسلم وذمي
فادعى المسلم رقه وادعى الكافر بنوته فهو حر ابن الكافر لانه يكون حرا حالا
ومسلما مآلا لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفي العكس يثبت الاسلام تبعا
ويحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها هذا اذا ادعيا معا وان سبق دعوى
المسلم كان عبدا له كذا في النهاية • وان ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم
لاستوائهما في دعوى البنوة ويترجح المسلم بالاسلام وهو اولى للصبي لحصول الاسلام
له حالا تبعا لابيه كذا في الكافي ولو كان الصبي في يد زوجين فزعم
الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت المرأة انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كلا
منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فيصح اقراره ولا يبطل حق صاحبه

بمجرد قوله

ولا يرجع احدهما على الآخر لاستوائهما وقيام ابيهما عليه وقيل الزائد بينهما
دليل على انه منهما والمراد بالصبي في هذه المسائل الصبي الغير المحجور عن نفسه
والا فهو لمن صدقه كذا في الكفاية ولو استولد مشتراة ثم استحقت
فالولد حر يعني من اشترى امة فوطئها فولدت منه ولدا ثم استحقها رجل
فالولد حر لانه خلق من ماء الحر ولم يرض الوالد برقيته كما رضي في الامة المنكوحة
وعلى الاب قيمته يوم قيمة الولد يوم الخصومة ان جاء المستحق والولد حي
والاصل فيه ان ولد المغرور حر بالقيمة والمغرور من يشتري من رجل امة او يتملكها
بسبب من اسباب الملك كالهبة والوصية والصدقة فيستولدها ثم يظهر
بالبينة انها ملك الغير او يتزوج امراة على انها حرة ثم يظهر بالبينة انها امة
فالولد في هذه المسائل حر بالقيمة روي ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح
وعن علي رضي الله عنه في الشراء وكذا بمحضر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم
فحل محل الاجماع ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور بنى امره على سبب
صحيح في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع من
ملكه فاستوجب النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان
وذا بان جعل المستحق في معنى المملوك وبحق المغرور في صورته فيجعل الاصل
في حقه حرا في حق المستحق فجعلناه حرا واوجبنا قيمته للمستحق وانما اوجبنا
القيمة يوم الخصومة لان الولد من الزوائد وهي انما تضمن بالمنع كولد المغصوبة
والمنع انما يتحقق بعد الطلب فيعتبر القيمة يوم الطلب وهو يوم الخصومة
فان مات الولد فلا شيء على ابيه لانعدام المنع وتركته له اي للاب
لانه حر الاصل في حق ابيه فما تركه يكون ميراثا لابيه وان قتله الاب
غرم قيمته لتحقق المنع من الاب بقتله وكذا ان قتله غيره واخذ الاب
ديته لانه سلم له الولد اذ الدية بدل المحل شرعا فصار الولد سالما له بسلامة
الدية فيغرم قيمته للمستحق كما لو كان حيا ويرجع بقيمته الى ضمنها
وبالثمن ان بيعت الجارية المستحقة على بائعها اي بائع الولد ببيع امه لانه ضمن
سلامته لانه جزء المبيع والبائع يضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه
لان الغرور يشملهما لا بالعقر اي لا يرجع بالعقر عليه لانه لزمه
باستيفاء منافعها فهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامتها

كتاب الاقرار

قال صاحب النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يتفرع من الكتب من الاقرار والصلح
والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه
فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح
قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعدما حصل له
المال اما بالاقرار او بالصلح فان صاحب المال بعد ذلك لا يخلو اما ان يسترجع منه او لا فان
استرجع منه فلا يخلو ان يسترجع بنفسه او بغيره وقد ذكرنا استرباحه بنفسه في
كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله وذكر هنا استرباحه بغيره وهو المضاربة
وان لم يسترجع فلا يخلو اما ان يحفظه بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق
به حكم من المعاملات فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة انتهى والاقرار مشتق من القرار فكان
في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة هو اخبار بحق لآخر على نفسه
ثم اعلم ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة لان التهمة فيه منتفية فاذا قبلت الشهادة كان
الاقرار بالقبول اولى والدليل على حجيته الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول

اما

اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وبيانه ان الله تعالى امر بالاملاء من عليه الحق
فلو لم يلزمه بالاملاء شيء لما امره والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وقوله تعالى كونوا
قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على النفس اقرار واما السنة
فهي ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية بالاقرار والحديث مشهور في كتب
فلو لم يكن الاقرار حجة لما اثبت الحد به فاذا ثبت الحد به فثبوت المال اولى واما الاجماع
فهو ان المسلمين اجمعوا على ان الاقرار من غير نكير واما المعقول فهو ان الخروج عما وجب
على الانسان واجب عليه وربما لا يمكن الخروج عنه الا بالاقرار فيثبت انه حجة وشرطه
الحرية والعقل والبلوغ وركنه ان يقول المقر لفلان علي كذا لان الاقرار به يتقوم
ركن الشيء ما يتقوم به ذلك الشيء كذا في البناية ولا يصح الاقرار الا بالمعلوم لان المجهول
لا يصلح مستحقا لان فائدة الاقرار ثبوت الملك للمقر له ولا يمكن اثباته لمجهول قال
صاحب الكافي اذا تفحش جهالته بان يقول هذا العبد لواحد من الناس لا يصح لان المجهول
لا يكون مستحقا وان لم يتفحش بان اقر غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح
عند شمس الائمة السرخسي لانه اقرار للمجهول وانه لا يفيد وقيل يصح وهو الاصح
لانه يفيد لان فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا
اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ غاية ما في الباب ان يقال ان المجهول لان الاجمال
وقع من جهته وبيان المجمل على المجمل وصار كما لو عتق احد عبديه وان لم يبين
اجبره القاضي على البيان ايصالا للحق الى المستحق انتهى وحكمه اي حكم الاقرار
ظهور المقر به بلا تصديق وقبول من المقر له فانه يلزم على المقر ما اقر به لوقوعه دالا على
صدق المخبر به لان مدلوله الصدق والكذب احتمال عقلي على ما تقرر في موضعه لكن قال
صاحب الاختيار الاقرار اخبار عن كائن سابق حتى لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم كذبه
لا يحل له اخذه على كره منه الا ان يعطيه بطيب نفسه فيكون تمليكا مبتدأ كالهبة
لا انشاء اي لا يثبت المقر به ابتداء كما قال به ابو عبد الله الجرجاني مستدلا بمسائل
منها اذا اقر رجل لرجل فرد المقر له اقراره ثم قبل لا يصح ولو كان اخبارا يصح
ومنها اذا اقر المريض لوارثه بدين لم يصح ولو كان اخبارا لصح ومنها ان الملك
الثابت بسبب الاقرار لا يظهر في حق الزوائد المستهلكة حتى لا يملك المقر له مطالبة
المقر ولو كان اخبارا كانت مضمونة عليه اذا استهلكها فصح الاقرار
تفريع على اصل ذكره آنفا بقوله وحكمه ظهور المقر به وهو اخبار ان حيث
قال الاقرار اخبار عن امر سابق لا تمليك في الحال مستدلا بمسائل منها
ولهذا فرع عليه قوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر المقر بها بتسليمها
الى المسلم ولو كان تمليكا ابتداء لم يصح لا بطلاق وعتاق مكرها ولو كان
انشاء صح الاقرار بها لان طلاق المكره وعتاقه واقعان عنده ومنها اذا اقر بنصف داره
مشاعا صح ولو كان تمليكا لم يصح كذا في البناية نقلا عن الاسروشني واذا اقر
حر مكلف اي عاقل بالغ وقال صاحب الكافي فوائد اشتراط الحرية ليصح اقراره
مطلقا اذ العبد المحجور لا يصح اقراره بالمال وان كان يصح بالحدود والقصاص
لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت
اليها مالية الرقبة وهي ملك المولى فلا يصح اقراره عليه بخلاف الحدود والقصاص
لانه مبقى على اصل الحرية فيهما لانهما من خواص الآدمية وهو فيهما مبقى على اصل الحرية
وبخلاف العبد المأذون فانه اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او بمضاربة او غصب يصح
لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذا اذن له فقد رضي بتعلق الدين
برقبته فكان مسلطا عليه من جهته واشتراط العقل والبلوغ لان الصبي والمجنون
لا يتعلق باقرارهما حكم وهذا لان وقوعه حجة ملزمة لظهور الصدق فيه

وظهوره لصدوره عن العقل لانه خلوص بالكلام الى الحاس زاجر عن القبايح والعقل
حس ولكنه بقبيح فاذا لم يكن المقر عاقلا فقد فات دليل صدقه فلا يكون حجة
والصبي لقصور عقله ملحق بالمجنون فلهذا لا يصح اقراره بدين او غصب او وديعة
او عارية او جراحة او حق او طلاق او عتاق او كتابة الا اذا كان الصبي مأذونا
في التجارة فان اقراره جائز بدين لرجل او بوديعة او عارية او مضاربة او غصب
لانه ملحق بالبالغ بالاذن لدلالة الاذن على عقله والنائم والمغمى عليه كالمجنون
لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار واقرار السكران جائز
بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة انتهى ما في الكافي
بحق معلوم او مجهول كشيء او حق اقر الفلان علي شيء او حق صح لان الحق قد
يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها
ولزمه بيان المجهول بما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا
في الذمة فاذا بين بغير ذلك كان رجوعا فلا يصح والقول قوله اي قول المقر
مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر مما اقر به المقر ولم يبرهن يعني ان المقر اذا بين
بما له قيمة وادعى المقر له اكثر منه فان برهن عليه حكم به والا صدق المقر بيمينه على عدم
الزيادة لان القول قول المنكر مع يمينه وفي علي مال لا يصدق في اقل من درهم
يعني اذا قال لفلان علي مال فالقول قوله في القدر ويقبل قوله في القليل والكثير
لان الكل مال لانه اسم لما يتمول وقد امر جع في الكل الا انه لا يصدق في اقل
من درهم لانه لا يعد مالا عادة ولزم في علي مال عظيم نصاب مما بين به فضة
او غيرها يعني لو بين وقال من الفضة لم يصدق في اقل من مائتي درهم وان قال
من الدنانير فالتقدير فيها بعشرين مثقالا لان النصاب عظيم حتى صار صاحبه
غنيا وهذا قول ابي يوسف ومحمد ورواية عن ابي حنيفة رحمهم الله
وعنه انه يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى يقطع به العضو المحترم ويستباح به البضع
ومن الابل خمس وعشرون ابلا يعني اذا بين وقال من الابل يلزمه خمس وعشرون
لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وكان ينبغي ان يقدر فيه بخمس لانه يجب فيها
شاة فكان صاحبه غنيا قلنا هو عظيم من وجه حتى يجب فيه الزكاة
وليس بعظيم من وجه حتى لا يجب من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا
اذ المطلق ينصرف الى الكامل ومن البر خمسة اوسق يعني اذا قال من البر لزمه
خمسة اوسق ولا يصدق في اقل من ذلك لانه هو المقدر بالنصاب عندهما وعن ابي حنيفة
انه يرجع فيه الى بيان المقر بالبينة يقول الفقير ولا يخفى ما في بيان المصنف من التشويش
الذي يظهر ان امعنت النظر من قوله مما بين به الى هنا تدبر
ومن غير مال الزكوة يلزم قيمة النصاب يعني لا يصدق في اقل من قدر النصاب
قيمة في غير مال الزكاة وعن ابي حنيفة انه مقدر بعشرة دراهم كذا في الاختيار
ولزم في له علي اموال عظام ثلاثة نصب من اي نوع سماه اعتبارا لادنى
الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم ولا يصدق في اقل من ذلك اه
ودراهم ثلثة مبتدا وخبر يعني لو قال له علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم ولا يصدق
في اقل من ذلك لانه ادنى الجمع المتفق عليه لما عرف في اصول الفقه ولا غاية
لاقصاه فانصرف الى الادنى لتيقنه الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ
يحتمله وفيه تغليظ على نفسه وينصرف الى الوزن المعتاد لان مطلق الكلام
ينصرف الى المعتاد فان ادعى وزنا اقل من ذلك لم يصدق لانه رجوع
ودراهم كثيرة عشرة يعني لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة لان جمع
الكثرة اقله عشرة وعندهما نصاب يعني لا يصدق في اقل من مائتي درهم

لانه

لان من يملك اقل من النصاب مقل حتى لا يلزمه مواساة غيره وصاحب النصاب
مكثر بدليل وجوب مواساة غيره وكذا درهما درهم يعني لو قال له علي كذا درهما
يلزمه درهم لانه تفسير للمبهم وقال فخر الدين قاضيخان في فتاواه ولو قال له علي كذا
دينارا عليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان انتهى قال مولانا محمد الواني
في تعليقاته على الدرر ويفهم منه ان اللازم في كذا درهما ايضا درهمان على ما صرح
في الذخيرة وقال صاحب الاختيار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا اسم
للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض
روي عن محمد انه يلزمه مائة لان اقل عدد يذكر الدرهم عقبه بالخفض مائة وكذا كذا درهما
احد عشر يعني لو قال له علي كذا كذا درهما لا يصدق في اقل من احد عشر درهما
لان كذا كناية عن عدد مجهول فاذا قال كذا كذا درهما فقد اقر بعددين مجهولين
ليس بينهما حرف العطف واقل عددين كذلك من المفسر بكسر السين احد عشر
وان ثلث بلا واو اي قال له علي كذا كذا كذا درهما فكذلك يلزمه احد عشر ايضا
حملا للواحد منهما على التاكيد اذ لم يجمع بين ثلاثة اعداد بلا عاطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار
ثم حمل الاثنين على اقل عددين يستفاد التعبير عنه بذكر عددين بلا عطف وهو احد عشر
وكذا وكذا احد وعشرون درهما يعني لو قال له علي كذا وكذا درهما لا يصدق
في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر
بكسر السين احد وعشرون ووجب الاقل في الفصلين وهو صورة عدم العطف وصورة العطف
لتيقنه والاصل في الذمة البراءة وان ثلث بالواو اي لو قال له علي كذا وكذا وكذا درهما
زيد مائة اي يلزمه مائة وواحد وعشرون لان اقل ما يعبر عنه بثلاثة اعداد مع الواو مائة
وان ربع قوله كذا مع تثليث الواو بان يقول كذا وكذا وكذا وكذا درهما زيد الف
على العدد الذي قبله فيلزمه الف ومائة وواحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه باربعة اعداد
مع الواو وكذا كل مكيل وموزون في جميع ما ذكر من الصور
وبشركة في عبد فهو نصف عند ابي يوسف وعند محمد يؤمر بالبيان يعني اذا
قال لفلان شركة في هذا العبد يحمل ابو يوسف اقراره نصف العبد لان الشركة
بمعنى الشركة وهي تنبئ عن التسوية وامر محمد بالبيان لان الشركة يجري بمعنى النصيب
وهو مجمل فعليه بيانه بما شاء والفتوى على قول ابي يوسف كذا في التسهيل
وقوله علي او قبلي اقرار بدين يعني اذا قال علي لفلان كذا او قبلي كذا كان اقرارا
بالدين لان على للايجاب والالزام ولفظ قبل ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان
اي ضمن ويسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال ويسمى الصك الذي هو حجة الدين
قبالة كذا في الكافي فان وصل به هو وديعة يعني لو قال علي او قبلي كذا هو وديعة
صدق لان المضمون عليه الحفظ والمال محله فيذكر المحل وارادة الحال واحتمل
اللفظ مجازا فيصير كانه قال لفلان علي حفظ الف مثلا فيصح موصولا
وان فصل لا يصدق قال صاحب الهداية وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار
بالامانة لان اللفظ ينتظمها حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين
والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها والاول اصح انتهى
وعندي او معي او في بيتي او صندوقي او كيسي كذا اقرار بامانة
لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما
وهو الامانة ونقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين
فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين
والاخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على
الوديعة حمل للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس

ولو قال لمن ادعى عليه الفا اتزنها اي الالف وتانيث الضمير باعتبار الجملة و في القاموس الالف من العدد يذكر ويؤنث باعتبار الدراهم جاز او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها او ابراتني منها او وهبتها لي او تصدقت بها علي او احلتك بها فقد اقر بالالف اما كون الاربع الاولى اقرارا فلان الضمير راجع الى الالف المذكور وهو موصوف بالوجوب فكانه قال اتزن او انتقد او اجل او قضيتك الالف الواجب لك علي حتى لو لم يذكر الضمير لا يكون اقرارا كما سياتي عن قريب ان شاء الله تعالى واما الخامس فلان دعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في مال واجب عليه واما السادس والسابع فلان هذا دعوى التمليك منه وهذا لا يكون الا بعد وجوب المال فيه واما الثامن فلان التحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدون الوجوب جميع ذلك من الدرر يقول الفقير لا يخفى ما فيه من التطويل المستغني عنه ولو علل في جميعها بما علل في الاربع الاول لكفى تدبر وبلا ضمير لا يكون اقرارا يعني لو قال اتزن او انتقد الى اخره بلا ضمير لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شيء قال صدر الشريعة لانه ان لم يذكر الضمير يحتمل ان يراد زن كلامك بميزان العقل او انتقد كلامك ولا تقل قولا زيفا و اجلني يراد به امهلني في الجواب وقضيت يراد به حكمت بانك كاذب وابراتني يراد به ابراتني من ادعائك علي وتصدقت علي كثيرا فما لك تدعي علي بلا حق ووهبتني يراد به وهبتني كثيرا فما لك تدعي علي بغير حق واحلتك يراد به احلت لك عالي على زيد فما صنعت به ولو اقر بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه حالا وحلف المقر له على الاجل يعني على انه ليس بمؤجل لانكاره الاجل فيجب له الدين حالا ولو قال على مائة ودرهم فالكل دراهم فيلزمه مائة درهم ودرهم وكذا كل ما يكال او يوزن يعني لو قال علي مائة وقفيز حنطة يلزمه مائة قفيز حنطة وقفيز حنطة وكذا لو قال علي مائة ومن سمن يلزمه مائة من سمن ومن سمن ولو قال مائة وثوب او مائة وثوبان لزمه تفسير المائة والقياس في مائة ودرهم كذلك وهو قول الشافعي لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والعطف لم يوضع للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذا في المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها تثبتان دينا في الذمة ثمنا وقرضا وثمنا بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فان وجوبها لا يكثر في الذمة لان الثياب لا تثبت في الذمة الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة والثوبان كالثوب في هذا وان قال مائة وثلثة اثواب فالكل ثياب لانه ذكر عددين مبهمين اعني مائة وثلاثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب لا تصلح مميزا للمائة لان مميز مائة لا يكون الا مفردا لانا نقول لما اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحد ولو اقر بتمر في قوصرة وهي بالتشديد والتخفيف وعاء يتخذ من قصب يسمى بها ما دام التمر فيها والا فهي زنبيل لزماه اي التمر والقوصرة معا والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للاخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت منه تمرا في قوصرة او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله غصبت تمرا من قوصرة او ثوبا من منديل او طعاما من سفينة او حنطة من جوالق لم يلزمه الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع

ومن اقر

ومن اقر بشيئين ايكن كذلك اي لم يكن احدهما ظرفا والاخر مظروفا كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا اخره او بخاتم لزم الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشملهما او بسيف فالنصل والجفن والحمائل لان اسم السيف يشمل الكل النصل حديدة السيف والجفن غمده والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف وبالفارسية شمشير او بحجلة بفتح الحاء المهملة والجيم بيت يزين بالثياب والاسرة يقال لها بالفارسية حجلة عروس فالكسوة والعيدان لان الاسم يطلق على الكل عرفا لانها بيت مزين بالثياب والاسرة والستور والعيدان بكسر العين المهملة وسكون الياء المثناة التحتانية وفتح الدال المهملة جمع عود وهو الخشب وان اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط دون الاصطبل لان الاصطبل عقار لا يتحقق فيه الغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يتحقق الغصب في العقار فلزمتاه جميعا والاصل في جنس هذه المسائل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان امكن نقله لزماه والا لزم المظروف فقط عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم يمكن جعله ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم على ما مر انفا قال صاحب العناية ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزم الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى غصب العقار انتهى وثوب في منديل لزماه لما تقدم انفا وكذا ثوب في ثوب لزماه لان الثاني ظرف له حقيقة وامكن نقله على ما مر وان اقر بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابي يوسف ولزمه احد عشر ثوبا عند محمد لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق ولابي يوسف وهو قول ابي حنيفة اولا ان العشرة لا تكون ظرفا لواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة قال المولى ابن الملك في شرح مجمع البحرين وفي التبيين ما قال محمد منقوض بما اذا قال غصبت كرباسا في عشرة اثواب حرير يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا ولو قال غصبت ثوبا في ثوب لزماه اتفاقا انتهى ولو قال خمسة في خمسة لزم خمسة فان نوى الضرب لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال على ما مر تفصيله في باب الطلاق وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون لان الحاصل من ضرب خمسة في خمسة وبنية مع يلزمه عشرة اي لو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي قيل مع عبادي فاذا احتمله اللفظ ولو مجازا ونواه صح لا سيما اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف في موضعه وفي قوله علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده ويسقط الغاية الثانية وعندهما يلزمه عشرة فيدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية فلا يدخل الغايتان وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخر حدا والحد لا يدخل في المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يجوز ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان

شمشير و تيغ در تلميح تاجي

السرير جمع سته بكسر السين المهملة الستور بالفارسية پرده

فوصرة بتشديد الراء لا يشترط لاجعل كاتب في الصحيح الجوهري

ولا يبعد ان الغاية لا تدخل المغيا لان الحد يغاير المحدود ولكن هنا لا يمكن ادخال الاول
لان الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة
ولا ضرورة فى الثانية * وقد مر تفصيله فى الطلاق وان قال له من دارى ما بين الحائط
الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط وليس له من الحائطين وقد مر وجه هذه المسئلة
فى الطلاق ايضا وصح الاقرار بالحمل اى حمل جارية او حمل شاة لرجل
وحمل على الوصية من غيره يعنى يحمل على ان رجلا اوصى به لرجل ومات الموصى فاقر وارثه له
تصحيحا للاقرار وصح الاقرار للحمل ان بين سببا صالحا لثبوت الملك له
كارث ووصية يعنى ان قال الحمل فلانة على الف درهم فان قال اوصى له فلان
او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له *
فان ولدت الحامل حيا لاقل من نصف حول مذ اقر فللحمل ما اقر به المقر لانه يعلم
انه كان قائما وقت الاقرار وان ولدت حيين فلهما ما اقر به وان كان احدهما ذكرا
والاخر انثى ففى الوصية يقسم بينهما نصفين * وفى الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
وان ولدت ميتا فللموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار فى الحقيقة لهما
وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل بالولادة ميتا وان فسر ببيع او اقراض
يعنى ان قال المقر باعنى الحمل او اقرضنى او ابهم الاقرار لغا اما فى التفسير بالبيع
او الاقراض فلانه بين مستحيلا لعدم تصور هما من الجنين لا حقيقة ولا ظاهرا
ولا حكما * فلانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يجب بتصرفه كتصرفه فان قيل هذا
رجوع عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا لا بل هو بيان
محتمل لا رجوع فيكون هذا ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا
او خطا ويد فلان صحيحة * وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب الذى
لا يتصور منه لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك حكما بنيابة القاضى
او من ياذن له القاضى واذا تصور من النائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه
واما اذا ابهم الاقرار فانه لم يصح عند ابى يوسف * وصححه محمد رحمهما الله *
لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع
فى صدوره من اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى الحمل حملا على السبب الصالح
حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد الماذون اذا اقر بدين فان اقراره وان
احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا
تصحيحا لكلام العاقل ولابى يوسف ان هذا اقرار احتمل الجواز والفساد
وقد تعذر حمله على الجواز فتعين الفساد وهذا لان للجواز جهتين الوصية والارث
والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى من الاخر فتعذر الحمل
على الجواز فتعين الفساد وان اقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط
يعنى اذا قال لفلان على الف درهم على انى بالخيار فى ثلاثة ايام صح اقراره
ولزمه المال وبطل الشرط لان الخيار للفسخ والاقرار لا يحتمل الفسخ *
قال صدر الشريعة ومن المسائل الكثيرة الوقوع انه اذا اقر ثم ادعى انه
كاذب فى الاقرار فعند ابى حنيفة ومحمد لا يلتفت الى قوله * لكن يفتى على
قول ابى يوسف ان المقر يحلف ان المقر له لم يكن كاذبا فى اقراره هـ
وكذا لو ادعى وارث المقر فعند بعض لا يلتفت الى قوله لان حق الورثة
لم يكن ثابتا فى زمان الاقرار والاصح التحليف لان الورثة ادعوا امرا
لو اقر به المقر له لزمه * واذا انكر يستحلف وان كان الدعوى على ورثة المقر له
فاليمين عليهم بالعلم * انا لا نعلم انه كان كاذبا انتهى *

باب الاستثناء

باب الاستثناء وما فى معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما فى معناه
فى كونه تغييرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف وهو متصل و
الاخراج والتكلم بالباقى ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه صح استثناء بعض ما اقر به
لو كان الاستثناء متصلا ولزمه باقيه يعنى اذا قال له على عشرة دراهم الا واحدا لزمه تسعة
لما تقرر فى الاصول انه تكلم بالباقى بعد الثنيا اى بعد الاستثناء فكانه قال ابتداء له على
تسعة واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء * ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما
جواز التاخير * وفى الاستثناء المنفصل حكاية عن ابى حنيفة رحمه الله ذكرناها فى باب التعليق
وبطل استثناء الكل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا
والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل
الاستثناء * وهذا اذا كان الاستثناء بعين ذلك اللفظ واما بغير ذلك اللفظ فقد
ذكرناه ايضا فى باب تعليق الطلاق نقلا عن صاحب الهداية فى زياداته *
وان اقر بشيئين واستثنى احدهما وبعض الاخر بطل استثناؤه عند ابى حنيفة
يعنى اذا قال له على كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة او قال الا كر حنطة وقفيز شعير *
فهذا باطل عنده خلافا لهما فانهما قالا لا يصح استثناء القفيز واما استثناء الكر
فباطل اتفاقا لانه استثناء الكل من الكل * لهما ان قوله الا كر حنطة لا يكون فاصلا
بين استثناء القفيز والاقرار لانه استثناء لفظا الا انه غير مفيد فصار بمنزلة
انه يقال لفلان على الف يا فلان الا مائة فيصح وله ان قوله الا كر حنطة فاصل
لانه كلام لغو فصار كالسكوت بينهما بخلاف النداء لانه يفيد التنبيه لتبليغ الاقرار
ويفهم من هذا انه لو قدم استثناء القفيز وقال له على كر حنطة وكر شعير الا قفيز شعير
وكر حنطة يصح استثناء القفيز اتفاقا لعدم الفصل اصلا والحاصل انه اذا قال له على
كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة او الا كر شعير بطل اتفاقا لانه استثناء الكل من الكل
واذا قال على كر حنطة وكر شعير الا قفيز شعير وكر حنطة يصح اتفاقا واذا قال له على
كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير فعند ابى حنيفة باطل وعندهما يصح استثناء القفيز
ويبطل استثناء كر حنطة اذا عرفت هذا يقول الفقير لا يخفى ما فى تحرير المص من التقصير
فانه يوهم ان الخلاف فى هذه المسائل جميعا وليس كذلك لما عرفت وان شئت
ان تعرف استقامة هذه المسئلة فراجع الى شرح مجمع البحرين والاختيار
تجد الشفاء بعون الله الملك الغفار * وان استثنى بعض احدهما كان يقول له على
كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة او الا قفيز شعير او بعض كل منهما كان يقول له على كر
حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز صح اتفاقا اما الاول فلعدم تخلل القاطع
واما الثانى فلان قوله الا قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا *
فيصح العطف عليه فلزمه فى الاول كر شعير وكر حنطة الا قفيز حنطة او كر حنطة
وكر شعير الا قفيز شعير ولزمه فى الثانى كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير
ولو استثنى كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا من دراهم صح بالقيمة
عند ابى حنيفة وابى يوسف خلافا لمحمد يعنى لو قال له على مائة درهم الا قفيز حنطة
او الا دينارا او الا مائة جوز صح عند ابى حنيفة وابى يوسف بالقيمة فيلزمه مائة درهم
الا قيمة القفيز او قيمة الدينار او قيمة مائة جوز والقياس ان لا يصح هذه الا
وهو قول محمد وزفر لان الاستثناء اخراج ما بعض تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا
الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور فى خلاف الجنس لهما وجه الاستحسان
بان المقدرات جنس واحد معنى وان كان اجناسا صورة لانها تثبت فى الذمة ثمنا *

الا الدينار فظاهر وكذا غيره لان الكيلي والوزني والعددي المتقارب مبيع باعيانها
ثمن باوصافها حتى لو عينت تعلق العقد باعيانها ولو وصفت ولم تعين صار
حكمها حكم الدنانير والاستثناء التكلم بالباقي معنى لا صورة على ما عرف في اصول الفقه
ولو استثنى منها اي من الدراهم شاة او ثوبا او دارا بطل اتفاقا يعني
لو قال له علي مائة درهم الا شاة او ثوبا او دارا بطل الاستثناء اتفاقا من علمائنا
خلافا للشافعي لوجود اتحاد الجنس من حيث المالية ولنا ان ذلك القدر
لا يفيد الاتحاد الجنسي بل لا بد من وصف الثمنية ولو معنى على ما عرفت
ومن وصل باقراره ان شاء الله اي قال له علي مائة درهم ان شاء الله بطل اقراره
لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاد الحكم وتعليق بشرط
لا يوقف عليه عند ابي يوسف فكان اعداما من الاصل وكذا ينبغي ان يبطل
كما في شرط الخيار لان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا
والخيار يدخل على حكم السبب فاذا لغا الخيار بقي حكم الاقرار بناء على السبب
كذا في الكافي يقول الفقير بين كلام صاحب العناية هنا تناف حيث قال صاحب العناية
في التعليل لان التعليق بمشيئة الله تعالى اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف
او تعليق كما هو مذهب محمد وجعل صاحب الكافي على العكس كما رأيت بما نقلناه فبين
التعليلين تناف بينهما وكذا ان علق بمشيئة من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن لان الاصل
براءة الذمم فلا يثبت بالشك ولو قال ان شاء فلان فشاء لا يلزمه شيء لان مشيئة
فلان لا توجب الملك وكذا لو قال ان جاء المطر او هبت الريح لما بينا كذا في الاختيار
ولو اقر بدار واستثنى بناءها كانا للمقر له ولم يصح استثناء البناء لان
اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا اذ الدار اسم لما ادير عليه الحائط من البقعة
والبناء يدخل تبعا لا لفظا والاستثناء انما يكون مما تناوله الكلام نصا
لانه اخراج ما لولاه لكان الكلام متناولا له واستثناء التوابع باطل لان المعنى
الذي لاجله كان يدخل لولا الاستثناء لا يفوت بالاستثناء اذ البقعة
قائمة بعد الاستثناء وهذا كمن قال هذه الامة لفلان الا طرفها فانه باطل
ولو قال بناؤها لي والعرصة له كان كما قال لان العرصة عبارة عن
البقعة الخالية عن البناء والشجر فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان
وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها لانهما يدخلان في الخاتم والبستان
تبعا لا لفظا فلا يصح استثناؤهما ولو قال الحلقة له والفص لي او الارض له
والنخل لي يصح وان قال له علي الف من ثمن عبد لم اقبضه الجملة صفة عبد
فان عينه يعني ان ذكر عبدا بعينه وصدق المقر له في شرائه وعدم قبضه
قيل للمقر له سلم العبد الى المقر وخذ امر التفصيل اي خذ منه ان شئت
فلو سلمه لزم الالف والا لا لان ما ثبت بتصادقهما كالثابت عيانا وانما قيد
بتصديقه لانه ان كذبه في شرائه وقال هذا لي ما بعتكه لا يلزم المقر شيء او قال هذا لك
وانما بعتك عبدا غيره لزمه المال على المقر لسلامة العبد له باقرار ذي اليد فلا يعتبر
الاختلاف في السبب بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال وان قال هذا لي انما
بعتك عبدا غيره تحالفا لان كلا منهما مدع ومنكر واذا تحالفا بطل المال
وان لم يعينه اي العبد ولم يصدقه المقر له في عدم قبضه لزمه اي المقر الالف
ولغا قوله لم اقبضه عند ابي حنيفة وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به والرجوع لا يصح عن الاقرار
موصولا كان او مفصولا وهذا لانه اقر بوجوب المال عليه نظرا الى قوله علي اذ هو للالزام
وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان ثمن عبد هو غير متعين لا يكون
واجبا على المشتري الا بعد القبض لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك

ان قال له علي مائة درهم ان شاء جبرئيل
وله علي مائة درهم ان شاء ابليس
هكذا افادنا استاذنا العلامة
وفقه الله لما اراد التدريس
لمؤلفه

لانه

لانه لا طريق للوصول اليه فانه ما من عبد بعينه الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا
وتسليم الثمن لا يجب الا باحضار المبيع فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض ثم
رجع عنه ولو قال له علي الف من ثمن خمر او خنزير لا يصدق ولزمه الالف عند ابي حنيفة
وصل او فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول الكلام
يدل على الوجوب والرجوع لا يصح وصل او فصل وعندهما ان وصل صدق
في المسئلتين ولا يلزمه شيء لانه باخر كلامه يظهر انه ما اراد الايجاب وانما اراد الابطال
اذ الكلام يتم باخره فصار كما لو قال في اخر كلامه ان شاء الله والحاصل انه يكون بيان تغيير
وهو يصح موصولا ولو قال له علي الف من ثمن متاع او اقرضني وهي زيوف وهي ما
يرده بيت المال ولكنه يروج بين التجار او نبهرجة وهي التي يرده التجار لزمه الجياد
عند ابي حنيفة وصل او فصل وقالا يلزمه ما قال ان وصل لان الدراهم عند اطلاقها
ينصرف الى الجياد لوقوع التعامل بها فيكون هنا بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا
ولان العقد يقتضي سلامة الثمن فمطلق الدراهم لا يتناول الزيوف واخواتها
فدعواها يكون رجوعا عن مقتضى ما لزمه فلا يصدق وان وصل وكذا الخلاف
ان قال هي ستوقة او رصاص بعد قول العقد والمصدر بين كرها ولا بد من الذكر ههنا
يستفهم قوله بعد ولو قال هي ستوقة او رصاص آه في الوديعة والغصب تدبر
وان قال له علي الف من غصب او وديعة وهي زيوف او نبهرجة صدق وصل
لانه ليس للغصب والوديعة موجب في الجياد دون الزيوف فالغاصب يغصب
ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الى الحفظ فلم يكن قوله وهي زيوف او نبهرجة
تغيير اول الكلام بل هو بيان النوع فصح موصولا او مفصولا ولو قال له علي الف
من غصب او وديعة وهي ستوقة او رصاص فان وصل صدق والا فلا
والفرق بين البيع والقرض وبين الغصب والوديعة ان الاولين يقعان على
الجياد فان فسر الدراهم بغير الجياد يكون رجوعا والغصب والوديعة يقعان
على كل ذلك لكن الستوقة والرصاص ليسا من جنس الدراهم وانما يسميان
دراهم مجازا فيكون بيان تغيير ان وصل صدق وان فصل لا اتفاقا
ولو قال غصبت ثوبا وجاء بمعيب صدق بيمينه ان لم يثبت الخصم سلامته لان
الغصب لا يقتضي السلامة ولو قال له علي الف الا انه ينقص مائة صدق ان وصل
والا لزم الالف لما عرفت ان الاستثناء يصح متصلا لا منفصلا ولو قال
اخذت منك الفا وديعة فهلكت وقال المقر له اخذتها غصبا ضمن المقر
لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ اذ اخذ مال الغير سبب الضمان لقوله صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة عنه وهو الاذن بالاخذ والآخر
ينكره فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر بالاقرار الا ان ينكل الخصم عن
اليمين ولو قال المقر بدل اخذت اعطيتني لا يضمن يعني ولو قال اعطيتني الف درهم
وديعة فهلكت وقال صاحب المال بل اخذته غصبا لم يضمن المقر لانه ما اقر بسبب الضمان
بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون سبب الضمان على المقر الا انه يدعي عليه سبب الضمان
وهو الغصب فكان القول للمنكر مع اليمين الا ان ينكل المودع عن اليمين فح يلزمه المال والقبض
فههنا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قيل اعطاؤه او الدفع اليه لا يكون الا
بقبضه فكان مقرا بالقبض قلنا قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولئن اقتضى ذلك
فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت ضرورة
عدم في غير موضعها وهذا بخلاف ما لو قال اخذتها منك وديعة فقال لا بل اخذتها
قرضا حيث يكون القول قول المقر وان اقر بالاخذ لانهما اتفقا ثمة على ان الاخذ بالاذن
الا ان المقر له يدعي عليه سبب الضمان والمقر ينكر فكان القول للمنكر كذا في الكافي

نحو تغيير موجب الكلام نحو التعليق والاستثناء والتخصيص نوع بيان

النبهرجة الزيف الرديء قاموس

ولو قال غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد وعليه قيمته لعمرو لان قوله
من زيد اقرار له ثم قوله لا بل من عمرو رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو اقرار منه لعمرو ايضاً
وقد استهلكه بالاقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو ولو قال له علي الف لا بل الفان يلزمه الفان
استحساناً وفي القياس يلزمه ثلاثة الاف وهو قول زفر ولو قال غصبت عبداً
اسود لا بل ابيض لزمه عبد ابيض ولو قال غصبت ثوباً هروياً لا بل مروياً لزماه
وكذا لو قال له علي كر حنطة لا بل كر شعير لزماه ولو قال لفلان علي الف درهم لا بل
لفلان لزمه المالان ولو قال له علي الف لا بل خمسمائة لزمه الالف والاصل في ذلك
ان لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك اذا كانا من جنس واحد
اذا كان المقر له اثنين واذا كان واحداً والجنس واحداً لزم اكثر المالين لان
لا بل لاستدراك الغلط والغلط انما يقع غالباً في جنس واحد الا اذا كان
لرجلين كان رجوعاً عن الاول فلا يقبل ويثبت للثاني باقراره الثاني واذا
كان الاقرار الثاني اكثر صح الاستدراك ويصدق المقر له وان كان اقل كان
مبطلاً في الاستدراك والمقر له لا يصدقه فيلزمه الاكثر وجه قول زفر انه اقر بالف
فيلزمه وقوله لا رجوع فلا يصدق فيه ثم اقر بالفين فصح الاقرار وصار كقوله لها
انت طالق واحدة لا بل ثنتين وجوابه ان الاقرار اخبار يجري فيه الغلط فيجري فيه الاستدراك
فيلزمه الاكثر والطلاق انشاء فلا يملك ابطال ما انشأ فافترقا كذا في الاختيار
ولو قال هذا كان لي وديعة عندك فاخذته وقال الآخر هو لي دفع اليه يعني انما
اخذ رجل من رجل شيئاً فقال الآخذ كان هذا وديعة لي عندك فاخذته وقال
المأخوذ منه هو لي اخذه المأخوذ منه لان المقر اقر باليد لفلان واقر بالاخذ منه
والسبب في الاخذ الرد على المأخوذ منه فيجب عليه رد عينه قائماً وقيمته هالكاً
وان قال آجرت فرسي وثوبي هذا فلاناً فركبه او لبسه ورده علي او اعرته او اسكنته داري
ثم ردها الى الدار علي وقال فلان كذبت بل الفرس والثوب لي وقد اخذتهما ظلماً وكذا الدار لي وقد
سكنتها ظلماً صدق المقر عند ابي حنيفة وعندهما القول للمأخوذ منه انه الذي اخذ منه الفرس
والثوب والدار وهو قولهما وهو القياس ان المقر اقر باليد لفلان ثم ادعى عليه الاستحقاق فيؤمر
بالرد كما في الوديعة ولابي حنيفة ان الاقرار بالاعارة والاجارة لا يكون اقراراً باليد للمستعير والمستأجر
لان اليد فيهما تثبت ضرورة استيفاء المنفعة فلا تظهر في حق الاستحقاق على المقر لان الثابت
ضرورة عدم فيما وراءها واما الايداع فاثبات اليد قصداً فكان الاقرار بالوديعة اقراراً
للمقر له مطلقاً فيظهر في حق الاستحقاق على المقر ولان في الاجارة والاعارة والاسكان
اقر بيد ثابتة من جهته لانه اضاف الاجارة الى نفسه بان قال آجرت وكذا الاعارة والاسكان
فكان القول قوله في كيفيته بخلاف الوديعة فانه قال كان وديعة وقد يكون بلا صنعه بان
هبت الريح والقت في داره شيئاً حتى اذا قال اودعتها فهو على هذا الخلاف
ولو قال خاط ثوبي هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الآخر يعني لو قال خاط فلان
ثوبي هذا بدرهم ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فعلى هذا الخلاف في الصحيح
يعني يصدق المقر عند ابي حنيفة وعندهما القول للمأخوذ منه في الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن
قول بعضهم ان القول قول المقر بالاجماع كذا في العناية ولو قال اقتضيت
من فلان الفاً كانت لي عليه او اقرضته الفاً ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له
لان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء
انما يكون بقبض المضمون فكان مقراً بقبض مال الغير وهو سبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه
وهو المقاصة والآخر ينكر فكان القول للمنكر ولو قال زرع فلان هذا الزرع او بنى
هذه الدار او غرس هذا الكرم لي استعنت به او بفلان فيه اخذ الزرع او البناء او الغرس
وادعى فلان ذلك لنفسه فالقول للمقر لظهور يده في الحال

لانه لم يقر بانه كان في يد الغير قبل وانما اقر بمجرد فعله فيه وذا لا يدل على اليد لان
العمل قد يكون من الغير والعين في يد صاحبها وصار كما لو قال خاط الخياط قميصي
هذا بنصف درهم ولم يقبل قبضته منه وقال الخياط هو لي فان القول للمقر
لانه ما اقر بثبوت اليد للخياط وانما اقر بالثوب فلا يثبت يد الخياط عليه فلا يلزمه الرد عليه. هـ

باب اقرار المريض

اورد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة
دين صحة المريض وما لزمه المريض في مرضه يعني في مرض الموت بسبب معروف مثل بدل
مال استهلكه او مهر مثل امراة تزوجها وعلم معاينة سواء لانه لا يتمكن فيه التهمة
اذ المعاين لا مرد له فصار كالدين الثابت بالبينة ويقدمان اي دين الصحة
وما لزمه في مرضه بسبب معروف على ما اقر به في مرضه وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة
يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وفي محله وهي الذمة القابلة للحقوق فيستويان
في الوجوب وهذا لان محل الوجوب الذمة وهي في الحالين سواء وسبب الوجوب في الحال
الاقرار وصحته لصدوره عن عقل ودين لانهما يدعوانه الى الصدق ويزجرانه عن الكذب
وهذا المعنى لا يختلف بين الصحة والمرض بل بالمرض يزداد جهة رجحان الصدق
لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في
هذه الحالة اكثر فكان جهة قبول الاقرار منه اوفر واذا استويا وجوباً استويا
استيفاء ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين ما لم يفرغ عن دين الصحة فلا يزاحم
الدين الثابت باقرار المحجور الدين الثابت بلا حجر لان الثابت بتصرف المحجور غير ثابت
في قدر ما ثبت الحجر عليه كعبد مأذون اقر بالدين ثم اقر بالدين بعد الحجر فالثاني لا يزاحم
الاول وهذا لان بسبب المرض يلحقه الحجر لتعلق حق الورثة والغرماء بماله حتى
لا يجوز تبرعه بشيء اذا كان الدين محيطاً وفيما زاد على الثلث اذا لم يكن عليه دين
لتعلق حق الورثة بماله فلو لم يتعلق حق الغرماء بماله لما حجر عن التبرع لان الانسان
لا يحجر عن التبرع بماله مع قيام اهليته ويستدل بقيام الحجر على قيام التعلق بماله
ولما ثبت التعلق صار محجوراً عن تصرف يبطل حقهم كمن رهن ماله او اجره
ثم اقر لغيره فانه لا ينفذ في حق المرتهن والمستأجر والاقرار يبطل فلم ينفذ في
حقهم بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية والعبرة لاصل الوضع لا للحال
فان الحال مما لا يوقف عليها وبخلاف المبايعة بمثل القيمة يعني انها لا تبطل حق الغرماء
لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فلم يكن في تصرفه ابطال
شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعتدله وللبدل حكم المبدل فان قيل
ينبغي ان لا يصح اقراره في حال الصحة لو كان عليه دين لما مر ان الدين تعلق بماله
قلنا لم يتعلق الدين في حال الصحة بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التمييز فلا
الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله والمريض عاجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذراً
من التوى ولانه في حال الصحة يحتاج الى التصرفات بخلاف حالة المرض فثبوت
التعلق ثمة مفض الى الحرج ولا كذلك ههنا ولانه حالة ظهر فيها آثار الموت
وسببه فالحق بحالة الموت وتعلق حق الغرماء بماله كما في حالة الموت
حقيقة ولا يلزم انه اذا اقر المريض بدين ثم بدين فانهما استويا والحجر لا يثبت بالاول
لان الحجر انما يثبت عند الموت ثم يستند الى اول المرض فيعتبران جميعاً بعد الحجر فاستويا
كانهما وجدا معاً في حالة واحدة لان الكل حالة الحجر والتقدم والتأخر لا يكونان في الحالة الواحدة
بخلاف حالتي الصحة والمرض لان حالة الصحة حالة الاطلاق وحالة المرض حالة الحجر فلم يستويا كذا
في الكافي والعناية والكل اي كل الديون سواء كان دين الصحة او دين المرض مقدم على الارث لقوله عز وجل
اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته
وقضاء الدين من الحوائج الاصلية لانه يقدم التجهيز والتكفين على حق الورثة.

ولا يصح تخصيصه غريماً بقضاء دينه يعني لا يصح للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء
دون البعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ايثار البعض
ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض
للقابض بل يكون بين الغرماء بالتخصيص عندنا الا اذا قضى في مرضه ما استقرضه
في مرضه او نقد ثمن ما اشتراه في مرضه وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة فانه جاز
وسلم المقبوض للقابض ولا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل
الى محل بعدله وحق الغرماء متعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصل له مثله معنى لم يكن
ذلك تفويتاً قال صاحب العناية ارايت لو رد ما استقرضه بعينه او فسخ البيع ورد المبيع
كان يمنع سلامته للمردود عليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل انتهى
يقول الفقير في هذا المحل تأمل فتدبر ولا يصح اقراره اي اقرار المريض لوارثه الا ان يصدقه
بقية الورثة عندنا وقال الشافعي يجوز اعتباراً بحال الصحة وهذا لان الاقرار اخبار
عن حق لازم عليه وحال المرض اقدر على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز انه
يثبت الحجر عن الاقرار وصار كالاقرار بوارث آخر بان يقول هذا الرجل ابن ابي او
كل واحد من الاقرارين اقرار بالوارث المعروف ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه اثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق
حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى
بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيه
والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانتهاء آماله عند اقباله على الآخرة فيظهر
عند استغنائه حق اقربائه ولهذا منع عن التبرع على وارثه اصلاً فلو لم يظهر تعلق حق
الغير لما حجر عن التبرع بماله فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين
وان اقر لاجنبي صح اقراره لان هذا التعلق لا يظهر في حق الاجنبي لانه لو ظهر في حقه لانحجر
عن الاقرار له في المرض ولو انحجر عن الاقرار للاجنبي في المرض لامتنع الاجنبي عن المعاملة
والمبايعة معه في الصحة فيختل مصالحه بخلاف الوارث لان المبايعة معه نادرة بالنسبة
الى الاجانب فلم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لان الاقرار بالنسب من حوائجه كيلا
يضيع النسب فكان مقدماً على حق ورثته ولو احاط بماله والقياس ان لا يصح
اقراره الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة
ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا
فيه ولكنا تركنا القياس بقول ابن عمر رضي الله عنهما فانه قال اذا اقر الرجل
في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله ولانه لما صح اقراره
في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر وتبين ان ذلك القدر ليس
من جملة ماله فيصح في ثلث ما بقي لانه الثلث بعد الدين ثم لا يزال يصح حتى يأتي الى
على الكل وان اقر لاجنبي ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه وبطل اقراره اتفاقاً للتهمة
وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره وعند زفر لا يبطل هنا الا قياساً
ولنا انه اقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف النسب
لان دعوة النسب تستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان
الاقرار اما الزوجية فتقتصر على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان لزوجته
ولو اوصى لها ثم تزوجها بطلت الوصية لان فيها تمليك بعد الموت وهي وارثة
ولو وهبها ثم تزوجها فلا رجوع يقول الفقير هكذا في النسخ التي رأيناها
لكن ما ذكر في سائر الكتب انها كالوصية باطلة قال صاحب الكنز وان اقر لاجنبية
ثم نكحها بخلاف الوصية والهبة وقال صاحب الكافي بخلاف ما لو وهب لها هبة او اوصى لها بوصية
ثم تزوجها فانها تبطل لان الوصية تمليك بعد الموت والهبة في المرض وصية وهي وارثة ح

وقال صاحب الاختيار حتى لو اوصى لها او وهبها ثم تزوجها لا يصح لان الوصية
انما تصح بعد الموت وهي وارثة والهبة في المرض وصية فكانت كهي وقال صاحب الدرر
بخلاف ما لو وهب لها شيئاً او اوصى لها بشيء ثم تزوجها فانهما يبطلان اتفاقاً
فان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة ح فلا تصح والهبة في المرض وصية حتى
لا تنفذ الا من الثلث كما سيأتي بيانه في كتاب الوصية فصارت كالوصية
وقال صاحب التسهيل ولو وهب لها او اوصى لها ثم نكحها لم تجز الهبة والوصية
لارثها حين الملك لانه تمليك بعد الموت وهي وارثة ح ولا يجوز التمليك للوارث
انتهى وموجب ما ذكره المصنف انه يصح الهبة ولا يمكن الرجوع وان حملت المسألة
على انه لو وهب لاجنبية في حال الصحة ثم تزوجها كان ابعد من ان يخلو مع انه ايضاً
خلاف ما تقرر في الكتب حيث ذكر في كتاب الهبة والمانع من الرجوع الزوجية وقت
الهبة حتى لو وهب لامرأة ثم نكحها له ان يرجع منها والحاصل ان ما ذكره المصنف لا يمكن
حمله على الصحة اصلاً اللهم الا ان يكون اصل النسخة على غير هذا ويكون النسخ عندنا سقيمة
وان اقر بغلام مجهول النسب قال صاحب العناية مجهول النسب الذي يذكر
في الكتب هو الذي لا يعرف نسبه في البلدة هو يسكن فيها لا في مسقط راسه
كما ذكره البعض لان المغربي اذا انتقل الى المشرق فوقع عليه حادثة
يلزم ان يفتش عن نسبه في المغرب وفيه من الحرج ما لا يخفى وشرط كونه مجهول
النسب لان كون نسبه معروفاً يمنع ثبوت نسبه من الغير يولد مثله لمثله صفة بعد صفة
للغلام او حال منه وهذا اولى لان وجدان نكتة ايراد احد الوصفين مفرداً او
الآخر جملة فعلية متعسر ههنا ولا يتجه انما كان المتكلم بليغاً على ما تقرر في محله
مثله لمثله ان يكونا في السن بحيث يولد مثله لمثله وانما شرط هذا لئلا يكون
مكذباً بالظاهر انه ابنه وان مع اسمه وخبره في تأويل المصدر ههنا مفعول قوله على
وحاصل المعنى اقر بكونه ابنه وصدقه الغلام انما شرط تصديقه لان المسئلة
في غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه في يد نفسه حتى اذا كان صغيراً
لا يعبر عن نفسه لا يعتبر تصديقه حتى لو مات المقر قبل بلوغه او ان التعبير ثبت نسبه
وشارك الورثة بلا تصديق ثبت نسبه اي نسب الغلام منه اي من المقر لان
النسب مما يحتاط في ثبوته ولا يكذب له في الظاهر لانه يولد مثله لمثله وليس له
نسب معروف يمنع ثبوته منه ويصدقه ولو مريضاً لان النسب من الحوائج الاصلية
وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت وشارك الغلام الورثة لانه
لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف وصح اقرار الرجل بالوالدين والولد
لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير والزوجة والمولى لان موجب
اقراره يثبت بينهما بتصادقهما بلا اضرار باحد فينفذ لكن الشرط في
الاقرار بالزوجة كون المرأة خالية عن نكاح الغير وعدته وان لا يكون تحت المقر
اختها ولا اربع سواها وشرط تصديق هؤلاء اي الوالدين والولد والزوجة والمولى
لان هؤلاء في ايديهم انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم وكذا
يصح اقرار المرأة بالوالدين والولد والزوج والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان
حجة على نفسه لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء لا يكون الا اقراراً على نفسه وشرط تصديقهم
ايضاً لان اقراره عليهم لا يلزمهم لان كلاً منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له
صغيراً وفي يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه فيثبت نسبه بمجرد الاقرار لكن
شرط في اقرارها بالولد تصديق الزوج ايضاً اي كما ان تصديق الولد شرط
او شهادة امرأة قابلة على الولادة لان في اقرارها بالولد تحميل النسب على الزوج
اذ النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم فلا بد من تصديقه او شهادة القابلة بالولادة

لان شهادة القابلة في هذا معتبرة ح
وانما خص القابلة بالذكر مع كفاية اي
امرأة اتفقت لان ذكرها
جار مجرى العادة
صح

وصح تصديقهم بعد موت المقر يعني صح تصديقهم في النسب بعد الموت وان اقر بنكاحها ومات فصدقته بعد موته يصح حتى يكون لها المهر والارث لبقاء حكم النكاح وهو العدة الا تصديق الزوج بعد موتها اي موت المراة يعني ان اقرت بنكاح رجل وماتت ثم صدقها الرجل لم يصح تصديقه عند ابي حنيفة لانها لما ماتت زال النكاح بعلائقه حتى يجوز له ان يتزوج اختها واربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار وعندهما يصح تصديقه بعد موتها ايضا لان النكاح يصح تصديقهم بعد موت المقر وعليه مهرها وله الميراث منه لان الاقرار بالنكاح لا يبطل بالموت بدليل جانبه وان اقر بنسب غير الولاد كاخ وعم لا يثبت النسب لا يقبل اقراره في حق لانه يحمل النسب على الغير وورثه ان لم يكن له اي للمقر وارث معروف قريبا او بعيدا يعني ان كان للمقر وارث معروف قريب او بعيد فهو احق بالارث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة والخالة لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية على ماله وقد جعل ماله لابن له ان يوصي بكله فيستحق كل المال وان لم يثبت نسبه منه وهذا ليس بوصية حقيقة حتى لو اقر باخ ثم اوصى لاخر بكل ماله فللموصى له ثلث المال ولو كان الاول لاشتراك نصفين وخلاصة هذه المسئلة ما ذكره صاحب البناية وهو هذا اعلم ان النسب لا يثبت في غير الولاد وان صدق المقر له بالنسب لان فيه حمل النسب على الغير لان الاخ لا يكون اخا الا اذا ثبت نسبه من الاب وكذا العم لا يكون عما الا اذا ثبت نسبه من الجد وليس للمقر ان يحمل النسب على الغير فلم يصح اقراره بالاخ والعم ونحو ذلك ثم لما لم يثبت النسب من المقر ينظر هل للمقر وارث اخر غير المقر له بالنسب سواء كان ذلك الوارث قريبا كصاحب الفرض او العصبة او بعيدا كذي الرحم فان كان وارث معروف فهو اولى بالميراث لان المقر له بالنسب لما لم يصح نسبه لم يصلح مزاحما للوارث المعروف وان كان لم يكن له وارث كان الميراث للمقر له بالنسب لان اقرار المقر يتضمن شيئين النسب واستحقاق مال المقر بعده ولم يثبت النسب لكونه اقرارا على الغير ويثبت الارث لكونه اقرارا على نفسه وهو غير متهم فيه انتهى ومن مات ابوه فاقر باخ شاركه في الارث ولا يثبت نسبه لان مقتضى اقراره على ما ذكرنا شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه وشركته في الارث وله فيها ولاية فيعتبر الاول دون الثاني واذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه قال ابو حنيفة اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية كذا في العناية

ولو كان لابيهما الميت دين على شخص فاقر احدهما بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقي للاخر ولا شيء للمقر يعني ان مات وترك ابنين وللميت على رجل الف فاقر احد الابنين ان اباه قبض نصفه منه وكذبه الاخر فلا شيء للمقر والمكذب نصفه لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان قبض الدين انما يكون بقبض عين مضمون حتى يصير دينا متقاصا فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه فيما لم يقبض جميع الدين لا يكون له من الميراث شيء ولا يرجع المقر على اخيه بنصف ما قبض وان تصادقا على اشتراك المقبوض بينهما لانه لو رجع على اخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر بعده لكن لا تنتقض المقاصة في ذلك القدر وبقي دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيقدم الدين.

كتاب الصلح

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم المصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح الفقهاء هو اي الصلح عقد يرفع النزاع بين المتخاصمين وركنه الايجاب والقبول بان يقول المدعى عليه صالحتك من كذا او من دعواك كذا على كذا ويقول الاخر قبلت او رضيت او ما يدل على رضاه وقبوله وشرطه وهو شرط في جميع التصرفات الشرعية فلا يصح صلح المجنون وصبي لا يعقل لا البلوغ فيصح من الصبي المأذون ان نفع او عري عن ضرر بين ولا الحرية فيصح من العبد المأذون ومن المكاتب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع وبقوله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما وتفسيره يعني احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا يشتري وانعقد الاجماع على جوازه ويجوز الصلح مع اقرار من المدعى عليه وسكوت منه بان لا يقر ولا ينكر وانكار وقال الشافعي لا يجوز الثاني والثالث للاستثناء في الحديث وهما بهذه الصفة لان المدعي ان كان محقا كان اخذ المال قبل الصلح حلالا وحل بالصلح بخلاف الصلح عن اقرار لان بدل الصلح ما كان حراما على الاخذ وان كان من خلاف جنسه بناء على ان اصله ان رب الدين اذا ظفر على المديون له ان ياخذ ما كان من خلاف جنس حقه ولنا اطلاق ما تلونا اذ هو كلام مستقل بنفسه فلا يبطل بسببه وهو محلى بالالف واللام فينصرف الى الجنس فان قلت ينبغي ان ينصرف الى المعهود السابق لان النكرة اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول قلت هو خرج مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير والعلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل به بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهنا لانه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق وفي هذا سؤال وجواب في العناية والبناية والكافي ان شئت فراجعها فالاول اي الصلح مع اقرار كالبيع في احكامه ان وقع عن مال بمال لان حقيقة البيع مبادلة مال بمال لان حقيقة البيع مبادلة مال بالتراضي كما مر فيثبت فيه الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط لانها من احكام البيع ويفسده اي الصلح جهالة البدل لانها هي المفضية الى النزاع فلا بد من اعلامه على وجه لم يبق فيه منازعة بينهما لا جهالة المصالح عنه لانه يسقط وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة قال صاحب العناية وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح بالنسبة الى البدلية على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليهما وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الاخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة

ويشترط القدرة على تسليم البدل لكونه في معنى البيع وان استحق وهذه الصورة
بعض المصالح عنه او كله رجع المدعى عليه على المدعي بكل البدل او بعضه يعني اذا
ادعى زيد على بكر دارا او صالح بكر بعد اقرار على الالف فاستحقت الدار كلها او نصفها
مثلا رجع بكر على زيد في الاول بكل الالف وفي الثاني بخمسمائة ولا يخفى ما في نحو الكلام
من اللف والنشر الغير المرتب وان استحق بعض البدل او كله رجع المدعي
على المدعى عليه بكل المصالح عنه او بعضه يعني اذا استحق الالف كله او بعضه
في الصورة المزبورة رجع زيد على بكر بكل الدار او بعضها لان كلا منهما عوض عن الاخر
فايهما اخذ من المصالح سواء كان مدعيا او مدعى عليه رجع بما دفع ان كلا فكلا
وان بعضا فبالبعض على ما هو حكم المعاوضة ولا يخفى ايضا ما في نحو الكلام من اللف
والنشر الغير المرتب وان وقع الصلح عن اقرار عن مال بمنفعة اعتبر الصلح اجارة
يعني لو ادعى رجل على رجل شيئا فاعترف به ثم صالحه على سكنى دار سنة او
على ركوب دابة مدة معلومة اعتبر هذا الصلح اجارة لوجود معنى الاجارة فيه
وهو تمليك المنفعة بعوض والعبرة للمعاني فيشترط فيه التوقيت ويبطل
بلا توقيت على ما هو حكم الاجارة ويبطل بموت احدهما في المدة المضروبة فيه
حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه
الدابة الى بغداد ولبس الثوب شهرا ثم هلك المدعي او المدعى عليه قبل الاستيفاء
بطل الصلح قياسا وهو قول محمد فيعود على رأس الدعوى ولو كان بعد استيفاء
بعضها يبطل بقدر ما بقي ويرجع في دعواه بقدره وكذا اذا هلك محل المنفعة لانه اجارة
وهي تبطل بكل واحد من هذه الاشياء وقال ابو يوسف رح ان مات المدعى عليه لا يبطل
الصلح والمدعي يستوفيه وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار
والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة
وفي موت احدهما اعادة المنازعة لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس
فلا يقوم الوارث مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المعقود عليه
فيبطل ضرورة ولو قتل العبد اجنبي او المدعي بطل الصلح كما يبطل الاجارة
عند محمد وعند ابي يوسف لا يبطل ويؤخذ من القاتل قيمته ويشتري بها عبدا اخر
ثم المدعي ان شاء رضي بخدمته وان شاء نقض الصلح لانه فات واخلف بدلا
والتخيير للتغير ولو قتله المدعى عليه او مات بطل بالاجماع كذا في الكافي
والاخيران اي الصلح عن سكوت وانكار معاوضة في حق المدعي لانه ياخذ عوضا
عن حقه في زعمه وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الاخر اذ لولاه لبقي النزاع
ولزم اليمين وهذا في الانكار ظاهر واما في السكوت فيحتمل الاقرار والانكار
فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك بل ان حمل على الانكار اولى لان فيه دعوى
تفريغ الذمة وهو الاصل فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بالاخرى
بما يقابلها قيل يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها
فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكم الحل
في حق ذاته والتحريم المؤبد في حق اتها فلا شفعة في دار صولح عنها يعني احدهما
يعني اذا ادعى رجل على اخر دارا فسكت الاخر او انكر فصالح عنها بدفع شيء
لم تجب الشفعة لانه يزعم انه يستبقي الدار المملوكة على نفسه بهذا الصلح و
يدفع خصومة المدعي عن نفسه لا انه يشتريها حتى يثبت الشفعة والمرء يؤاخذ
بزعمه ولا يلزمه زعم المدعي وتجب الشفعة في دار صولح عليها لان المدعي
ياخذها عوضا عن المال بزعمه فكان الدار معاوضة في حقه فتلزم الشفعة
باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه لما تقرر ان المرء يؤاخذ بزعمه ولا يؤاخذ بزعم غيره

وما

وما استحق من المدعى كلا او بعضا في صورة الصلح مع سكوت وانكار
رد المدعي على المدعى عليه فيهما حصته المدعى من البدل ان كلا فكلا وان بعضا فبعضا
ويرجع المدعي بالخصومة مع المستحق فيه اي في المدعى لان المدعى عليه لم يدفع
خصومته عن نفسه ليبقى المدعى في يده بلا خصومة احد فاذا استحق لم يحصل
مقصوده ويظهر ايضا ان المدعي لم يكن له خصومة مع المدعى عليه فيرد البدل
ويرجع بالخصومة مع المستحق وما استحق من البدل بعضا او كلا
يرجع المدعي الى دعواه في قدره اي قدر البدل ان كلا فكل وان بعضا فبعضا
لان المدعي لم يترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم رجع بالمبدل وهلاك
البدل قبل التسليم الى المدعي كاستحقاقه في الفصلين اي في فصل الاقرار
وفصل السكوت والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى
وان كان عن سكوت او انكار رجع بالدعوى ولو صالح على بعض دار يدعيها
لا يصح يعني اذا ادعى رجل على اخر دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح
وهو على دعواه في الباقي لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان
استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على العين بل
هو مخصوص بالدين حتى اذا مات واحد وترك ميراثا فبرئ بعض الورثة عن
نصيبه من التركة على بعض نصيبه لم يجز لكونه براءة عن الاعيان وحيلته
اي حيلة صحة الصلح على بعض دار يدعيها ان يزيد في البدل شيئا او يبرئ عن الابراء
اي يلحق به ذكر البراءة يقول الفقير وانما فسرناه به لعلة سننقلها عن العناية
ان شاء الله من تتمة العناية عن دعوى الباقي بان يقول برئت من دعواي في
هذه الدار فح يصح اما اذا زاد على بدل الصلح درهما مثلا فيكون مستوفيا
واخذ العوض عن البعض واما اذا ابرأ نفسه عن دعوى الباقي فلانه يلحق به
ذكر البراءة عن دعوى الباقي وهي تصح لمصادفة البراءة الدعوى دون العين
والبراءة عن دعوى العين تصح وان لم تصح البراءة عن العين حتى لو ادعى بعد ذلك
وجاء ببينة لم تقبل قال صاحب العناية وفي ذكر البراءة دون الابراء اشارة
الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا
وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء من الضمان
لا من الدعوى وقوله برئت اقر بالدعوى كذا قالوا ونقل صاحب النهاية
عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين من الواقعات الحسامية في تعليل هذه المسئلة
ان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره بعد ذلك
بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا وعلم من هذا
التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب انتهى

فصل

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه وذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز
يجوز الصلح عن مجهول لانه اسقاط ولا يجوز الا على معلوم لانه تمليك فيؤدي
الى المنازعة قد ذكرنا تفصيله وتفصيل الاقسام الاربعة نقلا عن العناية في اول الباب
فلا نعيد و يجوز الصلح عن دعوى المال لانه في معنى البيع فما جاز بيعه جاز صلحه
وعن دعوى المنفعة كان يدعي في دار سكنى سنة وصية من صاحبها فاقر الوارث
او جحد او سكت فصالح على مال او منفعة جاز لان اخذ العوض عنها بالاجارة جائز
فكذا بالصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنفعة على المنفعة اذا كانتا مختلفي الجنس
كان يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا واما اذا اتحد جنسهما
كما اذا صالح عن السكنى على السكنى فلا يجوز كما ذكره في كتاب الاجارة

قال مولانا الفاضل سعدي افندي فوافقا العلامة الاتقاني قال شيخ الاسلام علي الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اوصى رجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الورثة من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز وفي القياس لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد ببدل ولهذا الواجب لا يصح الا انا نقول بان هذا ليس بتمليك اياه ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ولفظ الصلح يحتمل التمليك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا وكم من شيء معتبر بدونه في الملك فاحتمل السقوط فلو كان هنا تمليكا لكان باطلا لان بيع الخدمة لا يجوز وقال العلامة النسفي في الكافي والصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحد او اقر فصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى وانت خبير بما بينهما نقل عن الاسبيجابي وبين ما ذكره صاحب الكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتامل انتهى ما ذكره المولى

قال ويصح الصلح عن دعوى الجناية في النفس وما دونها عمدا او خطأ يعني اذا ادعى على جناية العمد او الخطأ صح اما الاولى فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية قيل الاستدلال بها على احد معنييه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك حيث قالوا ان المعنى فمن اعطي له في سهولة من دم اخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فليكن من ولي المقتول اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي بجمالة وحسن معاملة وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء من غير مطل وجفاء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد واما المعنى الاخر وهو ما يروى عن عمر رضي الله عنه وهو فمن عفي له اي عن القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم وانقلب نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الا غير العافي حصته وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيل فهو بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية اراد به رضاء القاتل واجماع الامة على هذا واما الثانية فلان الواجب فيها مال فيجوز الصلح عن الاموال قال صاحب العناية ثم الصلح فيما ان يكون على احد مقادير الدية اولا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانها مقدرة شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيه الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي حتى كانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب ان لا يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومها بالعقد فجاز باي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل احد عمدا وآخر خطأ ثم صالح اولياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي لصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار ولآخر القصاص فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف الف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على كيل او موزون جازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين بدل الصلح وهو لا يجوز ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة

لانه

لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب وكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين ولو قضى القاضي باحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا انتهى وما دون النفس حكمها لاطلاق النصوص

قال وصح الصلح عن دعوى الرق يعني اذا ادعى على مجهول الحال انه عبده فانكر او سكت فصالحه المدعى عليه على مال جاز وكان عتقا بمال في حق المدعي لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز ولا ولاء عليه لانكار العبد الا ان يقيم المدعي البينة فتقبل ويثبت الولاء عليه لانه صالحه على مال فيثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال مطلقا وفيه الولاء

قال وصح الصلح عن دعوى الزوج النكاح وكان خلعا يعني صح الصلح اذا كان الرجل هو المدعي للنكاح والمرأة تنكره لامكان اعتبار الصحة فيه بان يجعل في حقه في معنى الخلع لان اخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على اقرب عقود اليه ويجعل في حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة ويحرم اخذ المال عليه اي المدعي ديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال صاحب العناية وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلم المدعى عليه بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة ولو صالحها بمال ليقر له بالنكاح جاز ويجعل زيادة في المهر لانها تزعم انها تزوجت بنفسها منه ابتداء بالمسمى فهو يزعم انه زاد في مهرها ولا يجوز الصلح ان ادعت المرأة وقيل يجوز قال صاحب العناية اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز وجه الجواز ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم خالعها على اصل المهر لا الزيادة فسقط الاصل لا الزيادة ووجه عدم الجواز انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كان دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة محضة ولا يجوز الصلح عن دعوى الحد والاصل فيه ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال وتحليل الحرام

وان قتل عبد مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لا يجوز سواء كان عليه دين او لا لان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا فكذا استخلاصا بمال الاولى لكونه اجنبيا ثم صلح العبد المأذون عن نفسه وان لم يصح لكن يسقط القتل ان يقتله بعد الصلح لانه اذا صالح فقد عفا عنه ببدل لم يصح العقد ولم يجب البدل في حق المولى بل يؤخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو قبل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتله وان يبيعه بشيء حتى يعتق فكذا هنا كذا في العناية بخلاف صلحه عن نفس عبد له اي للمأذون قتل ذلك العبد رجلا عمدا سواء كان عليه دين او لا لان عبده من تجارته وكسبه يتصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق كالزائل عن ملكه فصار كانه مملوك للولي والصلح كانه شراؤه وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه جاز واجيب بان المكاتب حر يدا واكسابه له بخلاف المأذون فانه من كل وجه وكسبه لمولاه كذا في العناية

وإن صالح عن مغصوب تلف صفة مغصوب بأكثر من قيمته جاز يعني من غصب ثوبا أو عبدا قيمته ألف واستهلكه فصالحه على ألفين جاز عند أبي حنيفة وقالا يبطل الفضل من قيمته إن كان لا يتغابن فيه يعني إذا كان بغبن فاحش لأن حقه في القيمة حتى لو أتى بالقيمة يجبر على قبولها والقيمة مقدرة من النقود شرعا فيصير الزائد عليها ربا بخلاف ما يتغابن فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر فيه الزيادة. ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق ما لم يحكم القاضي بالضمان حتى إذا ترك التضمين بقي العبد الهالك على ملكه حتى يكون الكفن عليه فالاعتياض بأكثر من قيمته لا يكون ربا إذ الزائد على المالية يكون في مقابلة الصورة الباقية حكما لا القيمة. حتى لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالحا على الأكثر لم يجز لأن الحق قد انتقل بالقضاء إلى القيمة فيكون الزائد عليها ربا. وإنما فرضت المسألة في القيمي احترازا عن المثلي فإن الصلح عن كر حنطة على دراهم أو دنانير جائز بالإجماع سواء كانتا أكثر من قيمته أو لا لكن القبض شرط وإن كانتا بأعيانهما لئلا يلزم الكالي بالكالي. وإنما فرضت في كونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الربا عندهما. وقيد بالتلف لأن المغصوب إذا كان قائما جاز الصلح بأكثر من قيمته بالإجماع. وإنما فرضت بكون المصالح عليه من النقود لأنه لو صالح على طعام موصوف في الذمة وقبضه قبل الافتراق جاز بالإجماع. وإن صالح عنه بعرض صح مطلقا أي سواء كان قيمته أكثر من قيمة المغصوب أو لا اتفاقا لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس. وإن أعتق موسر عبدا مشتركا بينه وبين غيره وصالح عن باقيه بأكثر من نصف قيمته بطل الفضل اتفاقا لأن القيمة في العتق منصوص عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من أعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن إن كان موسرا أو يسعى العبد. وتقدير الشرع ليس بأدنى من تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه. ولو صالحه بعرض صح سواء كان قيمة العرض أكثر من قيمة نصف العبد أو لا لأن الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس. ويجوز صلح المدعي بمال يدفعه إلى المنكر ليقر له يعني إذا ادعى على رجل عينا في يده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعين فإنه يجوز ويكون في حق المنكر كالبيع وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن كذا في الاختيار. وبدل الصلح عن عمد أو على بعض دين يدعيه يلزم البدل الموكل لا الوكيل يعني إذا وكل رجلا بالصلح عن دم عمد أو بالصلح عن دين يدعيه على بعضه يلزم البدل الموكل لا الوكيل لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن ضمنه الوكيل البدل فإنه مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح. وبدل ما أي صلح هو كبيع كما إذا كان الصلح عن مال بمال يلزم الوكيل لأن الحقوق ترجع إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل على ما هو حكم الوكيل بالبيع. هذا إذا كان الصلح عن إقرار وأما إذا كان عن إنكار فلا يجب البدل على الوكيل كذا في الكفاية. وإن صالح فضولي وضمن البدل أو أضاف إلى ماله بأن قال صالحتك على ألفي هذا أو أشار إلى عرض أو نقد بلا إضافة إلى نفسه بأن قال صالحتك على هذا العبد أو هذا الألف أو أطلق بأن قال صالحتك على ألف وسلم البدل إلى المدعي صح الصلح في هذه الصور. أما في الصورة الأولى فلأن الحاصل للمدعى عليه البراءة لأنها تصح بطريق الإسقاط وفي حق البراءة الأجنبي والخصم سواء لأن الساقط يتلاشى والفضولي في مثله لا يختص بأحد. وأما في الصورة الثانية فلأنه لما أضاف بدل الصلح إلى ماله فقد التزم التسليم من ماله فتم العقد بقبوله

وأما في الصورة الثالثة وهي الإشارة إلى عرض أو نقد بلا نسبة إلى نفسه فلأنه إذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد تاما بقبوله. وأما في الصورة الرابعة وهي ما إذا أطلق وسلم فلأن التسليم إلى المدعي يقتضي سلامة العوض للمدعي فإذا سلم له العوض وهو مقصوده من هذا العقد صح العقد وكان متبرعا لأنه فعل بلا إذن المدعى عليه. وإن أطلق أي قال صالحتك على ألف ولم يسلم توقف الصلح على إجازة المدعى عليه فإن أجازه المدعى عليه جاز الصلح ولزمه البدل وإلا أي وإن لم يجز المدعى عليه بطل الصلح لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حصل له إلا أن الفضولي يصير أصيلا بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه فإذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته. قال صاحب العناية وهذا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم ينفذ على المصالح كما لو قال صالحتك على ألفي وأما التوقف فيما إذا قال الصلح فلانا على ألف درهم من دعواك عليه فإن فيه يتوقف على الإجازة فإن أجازها جاز وإن رد بطل ذكره في الذخيرة انتهى.

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين وأخره لأن الخصوص أبدا يكون بعد العموم. الصلح عما استحق بعقد المداينة على بعض جنسه أخذ خبر المبتدأ لبعض حقه وإسقاط لباقيه لا معاوضة لأن تصرف العاقل البالغ يصحح ما أمكن ولا يمكن تصحيحه معاوضة لما فيها من الربا فيحمل على أنه إبراء عن بعض حقه تصحيحا لتصرفه. وإنما وضعت المسألة في عقد المداينة وإن كان الحكم في الغصب كذلك حملا لأمر المسلم على الصلاح لأنه هو المشروع لا الغصب. وهذا كما في قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها لأن الغالب من حال المسلم أن يترك الصلاة بالنوم والنسيان وإن كان الحكم كذلك في تركها فسقا ومجانة. فلو صالح عن ألف حال على مائة حالة أو ألف مؤجل صح الصلح ويحمل أخذا لبعض حقه وحطا للبعض في الأولى وفي الثانية لو جعل معاوضة يلزم بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو لا يجوز فيحمل على التأخير الذي فيه معنى إسقاط وصف الحلول. وكذا لو صالح عن ألف جياد على مائة زيوف فإنه يصح ويحمل على أنه أخذ بعض حقه وأسقط البعض والصفة. ولا يصح لو صالح عن دراهم حالة على دنانير مؤجلة إلى شهر لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير فلا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح. أو صالح عن ألف مؤجل على نصفه حالة فإنه لا يجوز أيضا لأنه لا يمكن حمله على الإسقاط لأن المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء له بل استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام روي أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال إن هذا يريد أن أطعمه الربا. وهذا لأن حرمة الربا بالنساء ليست إلا لشبهة مبادلة المال بالأجل فحقيقته أولى بالحرمة. أو صالح عن ألف سود على نصفه بيضا فإنه لا يصح أيضا لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود فإنه يجوز لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس. وحاصله أن الجودة إذا وقعت في مقابلة ما كان ربا كالمسألة الأولى فإنها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربا وأما إذا لم تقع في مقابلة مال فذلك هدر والجيد والرديء سواء إذا كانا يدا بيد والمراد بالدراهم السود المضروبة من النقرة السوداء كذا في البناية

ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او مؤجلة صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة واسقاطا لها وتاجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد لان معنى الاسقاط لازم في الصلح فاذا امكن ان يجعل حطا واسقاطا لم يعتبر معاوضة وان قال لغريمه على الف اد غدا نصفه على انك بري من باقيه ففعل يعني ادى غدا نصفه بري والا اي وان لم يؤد غدا نصفه فلا يبرا عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف فانه يقول يبرا وان لم يدفع غدا نصفه لان الابراء حصل مطلقا فيثبت ابراؤه مطلقا كما بدا بالابراء وهذا لانه لم يذكر للابراء عوضا سوى النقد في الغد والنقد لا يصلح عوضا عن الابراء لانه كان واجبا عليه للطالب قبل الصلح بحكم المداينة وما يكون واجبا للطالب قبل الصلح لا يصلح عوضا في الصلح واذا لم يصلح عوضا صار ذكره والعدم سواء فكان الابراء حاصلا مطلقا فيبرا وان لم يؤد نصفه غدا ولهما ان الابراء تقيد بشرط مرغوب فيتعلق الابراء بسلامته ويفوت بفواته كما لو ابرا بشرط ان يعطيه بالباقي رهنا او كفيلا فلم يعط فان المال كله عليه كذا هنا وهذا لانه بدا بتحصيل خمسمائة وادائها غدا ولعل له رغبة في ذلك حذرا من افلاسه على ان الانسان قد يحتاج الى الاموال في بعض الاوقات لتجارة رابحة او غيرها فيحط بعض الدين ليسارع المديون الى ايفاء الباقي وقوله على انك خرج مخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط عند تعذر الحمل على المعاوضة لان على تجي للشرط ايضا قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا فلم يجز الابراء مطلقا بالشك فيحمل على الشرط تصحيحا وان قال صالحتك على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف عليك لا يبرا اذا لم يدفع اجماعا وان دفع برئ اجماعا لانه اتى بصريح التقييد فاذا لم يوجد بطل ولو قال ابراتك من نصفه على ان تعطيني نصفه غدا برئ جواب من نصفه اعطى او لم يعط لانه اطلق الابراء واداء خمسمائة غدا لا يصلح عوضا و لكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد بالشك بخلاف ما اذا بدا باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا وكذا لو قال اد الي نصفه على انك بري من باقيه ولم يوقت اي لم يذكر لفظ غدا لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لم يكن الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في كل زمان فلم يتقيد على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما مر لان الاداء في الغد فيه غرض على ما مر ولو قال ان اديت الي نصفه فانت بري او اذا اديت الي نصفه فانت بري او متى اديت الي نصفه فانت بري لا يصح الابراء وان ادى نصفه لانه علقه بالشرط صريحا وهو باطل لان تعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال صاحب النهاية فحصر وجوه هذه المسئلة على خمسة اوجه لان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدا بالاداء او لا فان بدا به فلا يخلو اما ان يذكر معه الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالبعض او لا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يبدا بالاداء فلا يخلو اما ان يبدا بالابراء او لا فان بدا به فهو الوجه الثالث وان لم يبدا به فلا يخلو اما ان بدا بحرف الشرط او لا فان لم يبدا فهو الوجه الرابع وان بدا فهو الوجه الخامس انتهى يقول الفقير خطر بخاطري الفاتر استشكال فيما ذكره من وجه الحصر اما اولا ففي قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني لانه لم يبدا فيه بالاداء بل بالمصالحة وقد جعله قسما مما بدئ فيه بالاداء واما ثانيا ففي قوله وان لم يبدا فهو الوجه الرابع لانه بدا بالاداء فكيف يجعل قسيما لما لم يبدا بالاداء

ثم تتبعت الكتب التي عندنا فوجدت ما وقع في خلدي في تعليقات مولانا الفاضل سعدي افندي قدس سره حيث ذكر الاشكال الاول والثاني ثم اجاب لكل منهما بجواب لكن لا يسمن ولا يغني من جوع ان شئت فلاحظه ومن قال لسارق دينه لا اقر لك حتى تؤخره اي الدين عني زمانا او تحط عني بعضه ففعل رب الدين اي اخره زمانا او حط عنه من الدين مقدارا جاز اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان اخره ولا من مطالبة ما حط ابدا ان حطه لانه ليس بمكره لان الاكراه انما يكون بالعقوبة او الحبس ولم يوجد على انه يتمكن من اقامة البينة او التحليف الا يرى ان الصلح عن انكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الاكراه لا يقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لانه تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع بطعام ياكله لجوع فهو مضطر كان بيعه نافذا فكذا هنا وان اعلن اي قال علانية لا اقر لك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل لزمه جميع الدين في الحال اي بلا تاخير ان اخر ولا حط ان حط

فصل في الدين المشترك

اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب بعد المفرد ان صالح احد ربي الدين عن نصفه على ثوب فلشريكه ان يتبع المديون بنصفه او ياخذ نصف الثوب الا ان يضمن له المصالح ربع الدين على نصفه يعني اذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع غريمه بنصف وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له الشريك المصالح ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض كذا في العناية قال مولانا الفاضل سعدي افندي في قوله في اشارة الى ان الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار قال صاحب النهاية والاتقاني الاستثناء من قوله فشريكه بالخيار والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء اخذ نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما بنصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اخذ منه نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف انتهى فتامل في الترجيح وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء اخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب ويجوز ان يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن ان يكون من قوله فشريكه بالخيار لانه اذا ضمن له شريكه ربع الدين لا يبقى له الخيار البتة انتهى ما في تعليقات سعدي افندي قدس سره ثم اعلم ان وجه المسئلة مبني على اصل وهو ان الدين المشترك اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في عين المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ العين خير من الدين لان الدين ليس بمال في الاصل وانما يصير مالا باعتبار المال وهو القبض لكن هذه الزيادة مستندة الى اصل الحق واصل الحق كان مشتركا فكذا الزيادة بمنزلة الولد والثمرة فكان له ان يشاركه في المقبوض ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان حق الشريك في الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين غريمه ويضمن لشريكه حصته لان حق المشاركة كان ثابتا اذا ثبت هذا فنقول في المسئلة المزبورة له ان يتبع الغريم بنصيبه لانه كان عليه ولم يتوفر فيبقى في ذمته اذ القابض قبض نصيبه الا ان له حق المشاركة في ذلك وان شاء اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على اجازته واخذ النصف دليل على اجازة العقد فيصح ذلك الا ان يضمن شريكه له ربع الدين لان حقه في ربع الدين

وان قبض احد الشريكين شيئا من الدين شاركه شريكه فيه ان شاء فيما قبض من الدين
لما بينا من الاصل واتبعا الغريم بما بقي من الدين لان المقبوض اذا كان مشتركا بينهما
فلا بد ان يكون الباقي من الدين كذلك ثم اعلم ان الدين المشترك ما يكون واجبا بسبب
متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن المال المشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك
مشترك وقيدت الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما
نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الاخر نصيبه منه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا
بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان نصيب
كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب اخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك
قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا يكتفي بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي
ان يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساويا في قدر الثمن
ووصفه لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان
خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه لان تفرق التسمية في
البايعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما
وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة جيد ونصيب الاخر خمسمائة سود
لم يكن للاخر ان يشاركه فيما قبض لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الاخر
وصفا انتهى وان لم يصالح احدهما عن الاخر بل اشترى بنصيبه شيئا ضمنه شريكه
ربع الدين او اتبع الغريم وليس مخيرا بين دفع ربع الدين واخذ نصف الشيء الذي
اشتري كما كان مخيرا في صورة الصلح لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا
فصار كقبضه نصف الدين فيكون لشريكه ان يرجع عليه بالربع بخلاف الصلح
لان مبناه على الحط والاغماض فكان المصالح بالصلح ابراه عن بعض نصيبه
وقبض البعض فمتى الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به المصالح لانه لم يستوف نصف الدين
كملا لانه اخذ الثوب بطريق الصلح عن النصف فالظاهر ان قيمة الثوب اقل من نصفه
فلو ضمناه ربع الدين يتضرر اخذ الثوب فلذلك خيرناه بخلاف الشراء لان مبناه
على المماكسة والمضايقة فصار مستوفيا نصف الدين كملا بالمقاصة بين ثمنه
وبين الدين فلو الزمناه دفع ربع الدين لا يتضرر به ولا سبيل للشريك على الثوب
لانه ملك الثوب بالشراء والدين انما صار مقبوضا بالمقاصة من حيث ان ثمن
المشترى وجب عليه فصار قصاصا بالدين وللشريك ان يتبع الغريم في صورة الشراء كما
في صورة الصلح ومن ابرأ عن نصيبه يعني اذا ابرأ احد الشريكين ذمة المديون عن حصته
من الدين او قاص الغريم بدين سابق يعني اذا كان للمطلوب على احد الطالبين دين
بسبب قبل ان يجب لهما الدين المشترك فقاص احد الطالبين الغريم على الدين
السابق حصته من الدين المشترك بدينه السابق وتوضيح صورتها ان لزيد على عمرو
خمسين درهما فباع عمرو وبكر عبدا مشتركا بينهما من زيد بمائة دراهم حتى وجب لكل
منهما على زيد خمسون درهما فقاص عمرو حصته من ثمن العبد بدينه السابق لم يضمن
لا يضمن لشريكه شيئا في الصورتين اما في صورة الابراء فلان الابراء اتلاف وليس بقبض
فلم يزد نصيبه بالابراء فلا يرجع شريكه عليه واما في صورة المقاصة بدينه السابق
فلانه قضى دينا عليه ولم يقبض لان الاصل في الدينين اذا التقيا قصاصا
ان يصير الاول مقضيا بالثاني والمشاركة انما تثبت في الاقتضاء وحاصله ان التشارك
بين الاثنين انما هي عند القبض ولم يوجد وان ابرأ احد الشريكين عن البعض اي عن بعض نصيبه
قسم الباقي على سهامه لان الحق عاد الى هذا القدر حتى لو كان لهما على المديون عشرون
درهما فابراه احدهما عن نصف نصيبه كان له المطالبة بالخمسة وللساكت بالعشرة المطالبة
وان اجل احد الشريكين نصيبه لا يصح عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف لانه ابراء مؤقت فيعتبر بالابراء

ولما

ولما انه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض لانه يتميز نصيب احدهما عن الاخر بان يتعجل نصيب احدهما
ويتاخر نصيب الاخر وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة فلذلك
لا يتميز بعضه عن بعض فان قيل يجوز ابراء احدهما عن نصيبه وذلك الابراء يوجب التميز بكون بعضه
مطلوبا وبعضه لا واجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين بخلاف الابراء لانه لا يبقى
نصيبه بعد الابراء اصلا فلا قسمة فيه حتى يلزم فيه قسمة الدين قبل القبض وقال صاحب النهاية
ما ذكره صاحب الهداية من الاختلاف مخالف لما ذكره عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول ابي يوسف
فيكون محل الجواز ان يكون قد اطلع على رواية محمد مع ابي حنيفة انتهى وقال صاحب البناية
اعلم ان ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه نظر لان قول محمد مع ابي يوسف في سائر الكتب
لانه ابلغ مثل الاصل والمختلف وشرح الكافي والخلاف هكذا سهو في المنظومة في
باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه فيكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتين
في كتاب الشركة وكتاب الصلح ففي كتاب الشركة قول محمد مع ابي حنيفة وفي كتاب الصلح
مع ابي يوسف انتهى وبطل صلح احد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف ايضا يعني اذا اسلم رجلان الى اخر في طعام ثم صالح احدهما
مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة
ومحمد الا باجازة الاخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما
بقي من السلم مشتركا بينهما ايضا وان لم يجز يبطل اصلا ويبقى الطعام كله بينهما
وقال ابو يوسف جاز اجاز صاحبه او لم يجز فصاحبه بالخيار ان شاء شاركه فيما
قبض ثم يتبعان المطلوب فياخذان منه ما بقي وان شاء اتبع المطلوب بحصته لانه دين
فيجوز صلحه عنه كما اذا صالح احد ربي الدين مع المديون عن نصيبه على بدل فانه يجوز
ويخير الاخر بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يتبع المطلوب كذا هنا ولهما انه فاقد [illegible]
الفسخ في نصيبه كما لو اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه فانه يجوز بدون رضاء الاخر
ولهما انه لو جاز في نصيبه فقط يصير قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز ولو جاز في نصيبهما
يفتقر الى اجازة الاخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه بخلاف الاقالة
في بيع العين لان ذلك تصرف في الحكم في حالة البقاء فلم يكن متعديا الى ابطال العقد اذ الحكم
في حالة البقاء يستغنى عن العقد وهنا التصرف في ابطاله وانه في العقد وهو
منعقد لهما فلا يجوز ان ينفرد احدهما بالابطال باعتبار تصرفه في حكم في حال ثبوته اذ حال الثبوت احدهما
كحالة الوجوب الى ان يقبض والحكم يفتقر الى العلة ثبوتا وان اخرج الورثة احدهم عن عرض
او عقار بمال او اخرجوا عن احد النقدين بالاخر اي عن الذهب بالفضة او عن الفضة بالذهب
او عنهما اي عن النقدين بهما اي بالنقدين بان كان في التركة دراهم او دنانير وبدل الصلح
ايضا دراهم ودنانير صح الصلح قل البدل او كثر اما الاول فلانه يمكن تصحيحه بيعا والبيع
يصح بالقليل من الثمن والكثير والاصل فيه جواز التخارج ما روي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه
صالح تماضر امراة عبد الرحمن بن عوف وقد طلقها في مرضه واختلفت الصحابة في ميراثها منه على
ثلاثة وثمانين الف دينار وكانت له اربع نسوة واولاد وحظها ربع الثمن وهو جزء من اثنين و
ثلاثين جزءا وصالحها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا فاخذت بهذا الحساب ثلاثة
وثمانين الفا وكان ذلك بمحضر من الصحابة فحل محل الاجماع كذا في الكافي وقال صاحب البناية
وذكر محمد في هذه القصة الالف مطلقا ولم يبين انها دراهم او دنانير وذكر ثلاثة قبل ثمانين ولم يذكر
اسم المصالحة ولم يذكر ان عبد الرحمن بن عوف كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة
قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار وروي انه عليه السلام حث على الصدقة فجاء عبد الرحمن بن عوف
باربعة الاف درهم وقال يا رسول الله مالي ثمانية الاف درهم جئتك بنصفها وامسكت
نصفها لعيالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك فيما اعطيت وفيما امسكت
فبارك في مال عبد الرحمن حتى انه خلف امراتين يوم مات فبلغ ثمن ماله لهما ثلاثمائة الف درهم انتهى

وأما الثاني والثالث فصحيحان بصرف الجنس الى خلاف الجنس كما في البيع والقليل والكثير فيهما سواء فلا يعتبر فيهما التساوي بل يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف فان وجد صح والا فلا
وان اخرجوا احدهم عن نقدين وغيرهما باطل النقدين لا يصح يعني اذا كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوا احدهم على ذهب او فضة لم يجز لاحتمال الربا الا ان يكون المعطى اكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون حصته بمثله والزيادة بمقابلة حقه من بقية التركة صونا عن الربا
ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر
وان صالحوا بعرض في هذه الصورة جاز مطلقا اي سواء كان اقل او اكثر لعدم تحقق الربا
وان كان في التركة دين على الناس فاخرجوا احدا من بينهم ليكون الدين لهم بطل الصلح سواء كان من دين فقط او من دين وغيره جميعا لانه يصير مملكا حصته من الدين لسائر الورثة بما يأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل وان كان بعوض واذا كان باطلا في حصة الدين بطل في الكل لاتحاد الصفقة وهو قول الجاح على الامامين فان العقد الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل ثم قيل هذا قوله وعندهما يبقى العقد فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والعبد بثمن واحد فان شرطوا ابراء الغرماء من نصيبه صح يعني اذا كان في التركة دين فاخرجوه من بينهم بشيء وشرطوا ان يبرأ الغرماء من نصيبه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح من الدين صح لانه يكون اسقاطا او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذا حيلة الجواز وكذا يصح ان قضوا يعني ان تعجلوا قضاء حصته منه اي من الدين بتبرعهم ثم صالحوا عما بقي من التركة وهذه حيلة اخرى للجواز لكن في هذين الوجهين ضرر بقية الورثة اما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء
وفي الوجه الثاني لزم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة
فالاولى ان يقرضوا المصالح قدر نصيبه من الدين ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلوا المصالح على استيفاء نصيبه من الغرماء ويقبلوا ذلك وهي حيلة ثالثة
او اقرضوه اي المصالح قدرها اي قدر حصته من الدين واحالهم اي المصالح بان يقبض حصته على الغرماء او صالحوا عن غيره من التركة فصح الصلح عن تركة هي اعيان غير معلومة لا دين فيها على مكيل وموزون اختلاف قيل لا يجوز لاحتمال ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا وقيل يصح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار
والاصح الجواز ان علم انها اي التركة غير المكيل والموزون يقول الفقير الظاهر والموزون بالواو بدل او يعني اذا كانت كلها اي كل التركة في يد البقية اي بقية الورثة لانه لا يفضي الى النزاع لقيام المصالح هنا في يد البقية من الورثة فلا احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى التسليم فيفضي الى النزاع ويبطل الصلح والقسمة ان كان على الميت دين مستغرق لان الوارث لم يملك التركة اذ الارث انما يجري في المال الفارغ عن حاجة الميت وان كان الدين غير مستغرق فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه اي قضاء الدين لتقدم حاجة الميت
ولو فعل قالوا يجوز لان القليل لا يمنع الارث لان تركة ما لا تخلو عن قليل دين فلو امتنع الارث لامتنع الارث في كل التركات ويتضرر به الورثة والقسمة تجوز قياسا لا استحسانا
وهو قول الكرخي ووجه الاستحسان ان الدين يمنع ملك الورثة اذ ما من جزء من التركة الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ما ذكرناه ان التركة لا تخلو عن قليل دين فتقسم نفيا للضرر عن الورثة وقيل القياس ان يوقف الكل اي كل التركة لما في كل جزء من التركة شغل بالدين والاستحسان ان يوقف قدر الدين ويقسم الباقي لدفع الضرر عن الورثة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نحتاج الى الاعادة وهي مشتقة من الضرب بمعنى السير فيها قال الله تعالى واذا ضربتم في الارض فليس عليكم جناح الاية وقال عز وعلا يا ايها الذين امنوا اذا ضربتم في سبيل الله فتبينوا ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا فيكون مشتملا على السير في الارض كما ان الصلاة سميت ركوعا وسجودا لاشتمالها على الركوع والسجود لان غرض العاقدين حصول الربح ولن يحصل ذلك منه الا عن الاغلب الا بالسير في الارض قال الله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فهذا اشارة الى هذا الضرب بابتغاء الفضل اشارة الى طلب الربح فان قيل الضارب في الارض هو العامل لا رب المال فلم سمي ذلك باسم المضاربة وهي صيغة مقتضية لكون الفعل من الطرفين قلنا المعتبر في الاطلاق هو المعنى الشرعي وهو من الطرفين لا من طرف واحد وللمضاربة ركن وشرط وحكم اما ركنها فهو الايجاب والقبول فيقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة ويقول المضارب قبلت او ما يؤدي هذا المعنى مثل ان يقول رب المال خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله من شيء فهو بيننا نصفان او على ان لك ربعا او خمسا او عشرا واما شرطها فامور خمسة الاول اعلام راس المال تسمية او اشارة والثاني تسليم راس المال والثالث ان يكون الربح الحاصل شائعا والرابع كون راس المال من جنس الاثمان والخامس بيان نصيب المضارب في الربح فان اجتمع هذه الشرائط صحت المضاربة والا صارت فاسدة وتنقلب اجارة فاسدة واما حكمها فالمودع ابداع وتوكيل وشركة وغصب وبضاعة وقرض واجارة فاسدة ان فسدت يعني ان عقد المضاربة يتضمن هذه الامور المختلفة حسب اختلاف ملاحظة جهاتها وحيثياتها كما سيذكره المصنف ان شاء الله تعالى
وشرعيتها بالاية والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول اما الاية فما تلونا انفا واما السنة فما روي ان العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه كان يدفع ماله مضاربة ويشترط على مضاربه ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه واجازه وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بها فاقرهم عليه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم امرا يعاينه من اقسام السنة على ما علم في الاصول وعن عمر رضي الله عنه انه دفع مال اليتيم مضاربة وانعقد على جوازه الاجماع واما المعقول فان للناس حاجة الى جوازها لان منهم الغني الغبي عن التصرفات والفقير الذكي العارف بانواع التجارة فتمس الحاجة الى شرعيتها تحصيلا لمصلحتهما هي اي المضاربة شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب لا الشركة في راس المال مع الربح لان راس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدون الشركة يعني ينتفي عقد المضاربة بانتفاء الشركة الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا فثبت انها لا تثبت الا بالشركة في الربح
والمضارب امين يعني المال امانة في يده حتى يتصرف لانه قبض المال باذن مالكه لا على وجه المبادلة ولا على وجه الوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة فاذا تصرف فوكيل لانه تصرف فيه بامره حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل فان ربح منه فشريك لانه يحصل بالمال والعمل فيشتركان فيه وان خالف امر رب المال فغاصب لتعديه على مال غيره فيكون ضامنا وان اذن بعده

حتى انه اذا اشترى ما نهى عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم اجاز رب المال فانه لا اثر للاجازة في
والمستبضع مثله وعند مالك الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء كذا في الكافي
وان شرط كل الربح له اي للمضارب فمستقرض لانه لم يبق مضاربة لعدم الشركة في الربح
اللازمة في المضاربة وان شرط اي كل الربح لرب المال فمستبضع لما ذكرنا
وان فسدت المضاربة بشيء فاجير فللمضارب اجر مثله اي اجر مثل عمله ربح او لم يربح
لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب اجر المثل وان لم يربح في رواية
الاصل لانه اجير واجرة الاجير تجب بتسليم منافعه كما في اجير الواحد فان في تسليم نفسه
تسليم منافعه او تسليم العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف انه
لا يجب له شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق
شيئا مع انها فوق الفاسدة ففي الفاسدة اولى فان قيل ما وجه ظاهر الرواية مع
هذا التعليل فانه قوي لان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في
البيع الفاسد اجيب بان الفاسد انما يعتبر بالصحيح اذا كان انعقاد الفاسد
مثل انعقاد الصحيح كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة
والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء
العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل ولا يزاد اجر المثل على ما شرط له
من الربح عند ابي يوسف خلافا لمحمد فانه يقول يجب الاجر بالغا ما بلغ كما بينا
وجههما في الشركة على الاحتطاب والاحتشاش ولا يضمن المال فيها اي في المضاربة
الفاسدة ايضا اي كالصحيحة لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب
صحت او فسدت امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد ان
يكون امينا وله ولاية جعله امينا قال الطحاوي عليه الضمان في الجميع وعندهما
هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي
والاصح انه لا ضمان على قول الكل كذا في العناية ولا تصح المضاربة الا بمال تصح
به الشركة لانها تصير شركة بحصول الربح فلا بد من مال تصح به الشركة
وهو الدراهم والدنانير والتبر والفلوس الرائجة وان دفع عرضا وقال بعه واعمل
في ثمنه مضاربة فقبل او قال اقبض مالي على فلان واعمل فيه مضاربة فقبل جازت
المضاربة ايضا اي كما تصح بالشركة اما الاول فلانه لم يضف المضاربة الى
العرض بل الى ثمنه وهو مما يصح به المضاربة والاضافة الى المستقبل تجوز لانها وكالة
او وديعة او اجارة ولا يمتنع منها شيء في الاضافة اليه واما الثاني فلانه اضاف المضاربة
الى زمان القبض والدين فيه يصير عينا وهو يصح ان يكون راس المال وان قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز لان الشرط كون راس المال عينا
لا دينا لان المضارب امين ابتداء ولا يتصور كونه امينا فيما عليه من الدين
وشرط تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه لان المال يكون امانة
فلا يتم الا بالتسليم اليه كالوديعة بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين
والعمل من الجانب الاخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه واما العمل
في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لا تنعقد الشركة لانتفاء
شرطها وهو العمل منهما عاقدا كان رب المال او غير عاقد كالصغير اذا عقدها
اي المضاربة له اي للمضارب وليه اي ولي الصغير يعني اذا دفع الولي مال الصغير مضاربة
وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة وبقاؤها يمنع التسليم الى المضارب
واحد الشريكين اذا عقدها اي المضاربة الاخر يعني اذا دفع احد المتفاوضين
او احد شريكي العنان مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب فانه لا يجوز لان للشريك
ملكا فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك واذا شرط العاقد غير المالك عمله مع المضارب

فاما ان يكون من اهل المضاربة او لا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا
مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جاز لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير
مضاربة فكانا كالاجنبي وان كان الثاني كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشرط
عمله مع المضارب لا يجوز لان يد التصرف ثابتة وان لم يكن مالكا فنزل منزلة المالك
فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا من صحة المضاربة وشرط كون الربح بينهما مشاعا
ومعناه ان لا يستحق احدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة
المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له واذا ثبت احد المتنافيين
انتفى الاخر فتفسد المضاربة ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا لانه ربما لا
يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة واذا فسدت بهذا الشرط يكون له اجر مثله
كما اذا فسدت بغيره ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل
العقد ومنها ما يبطل في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جملي
فقال وكل شرط يوجب جهالة الربح كما اذا دفع وقال لك نصف
الربح او ثلثه ولم يعين شيئا من هذه الكسور او شرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال
ليسكنها سنة او ارضه ليزرعها سنة ويكون نصف الربح للمضارب بمقابلة العمل
واجرة الدار والارض يفسدها اي المضاربة لاختلال مقصوده وهو الربح في الصورة
الاولى ولجعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار او الارض فكانت حصة العمل
مجهولة مع انه يجوز ان لا يحصل من الربح الا قدر اجرة الدار او الارض فلا يوجب الشركة فيه
وما اي كل شرط لا يوجب جهالة الربح فلا يفسدها المضاربة ولكن يبطل الشرط
ويبقى المضاربة صحيحة كمن دفع اليه الفا مضاربة على ان يكون الربح بينهما نصفين
وعلى ان يدفع رب المال الى المضارب ارضه ليزرعها سنة او دارا ليسكنها
سنة فان فيه يصح العقد ويبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة حصة العمل
اذ نصيبه من الربح مقابل للعمل لا غير ولا جهالة فيه وكشرط الوضيعة وهي اسم
لجزء هالك من المال على المضارب لانه لا يجوز ان تلزم غير رب المال فان شرط
على المضارب او عليهما فسد الشرط ولا يفسد المضاربة لانه شرط زائد لا
يوجب قطع الشركة في الربح والجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لانها لا تفسد
بالشروط الفاسدة كالوكالة واعترض بان شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة
في الربح لكن يفسد المضاربة به فلم يكن القاعدة مطردة واجيب بانهم قالوا
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسد المضاربة اذا شرط العمل على رب المال
فلا يكون مضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح كان يقال زيد المعدوم ليس ببصير
فقول صاحب الهداية وشرط العمل على رب المال يفسدها معناه مانع من تحققها
كذا في العناية وللمضارب في مطلقها اي في مطلق المضاربة اي في مضاربة لا تكون
معينة بزمان ولا بمكان ولا بسلعة نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة
ولم يزد على ذلك ان يبيع ويشتري ما بدا له من التجارات لان المقصود هو الاسترباح
وهو لا يحصل الا بالتجارة والعقد باطلاقها ينتظم جميع صنوفها فيصنع كل
ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود ومن هذا قال ويوكل بهما
اي بالبيع والشراء ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيع التجار على ان لفظ المضاربة
مشتق من الضرب في الارض على ما تقدم وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر
وعنه عن ابي حنيفة انه ان دفع في بلد المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان
دليل الرضى بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما في المتن

ويبضع ويودع لانهما من صنيع التجار ويرهن ويرتهن ويؤجر ويستاجر لان
كل ذلك من صنيعهم ويحتال اي يقبل الحوالة بالثمن على الايسر وغيره من صنيع التجار
ايضا بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الايسر لان تصرفه مقيد
بشرط النظر ولو ابضع المضارب رب المال صح ولا تفسد به المضاربة اي ابضع
لرب المال فان قيل ينبغي ان يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح يكون
للمالك وقد اعتبر في مفهوم الشركة في الربح وشرط كونه مشاعا بينهما قلنا العقد
اذا صح ابتداء باعتبار شيوع الربح بينهما لا يبطل بتخصيص احدهما بالربح في عمل
تفسد وليس له اي للمضارب ان يضارب مال المضاربة لآخر لان الشيء لا يتضمن
مثله لاستوائهما في القوة كالوكيل لا يملك التوكيل بخلاف المستعير والمكاتب فانهما
يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية
لا النيابة اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة
والايداع والابضاع دون المضاربة فتتضمنهما دون المضاربة فلا يملك ان يضارب
آخر الا باذن رب المال صريحا او بقوله اي بقول رب المال له اي للمضارب
اعمل برايك لانه يكون تفويضا عاما ولا ان يقرض او يستدين بان يشتري
باكثر من مال المضاربة او يهب او يتصدق وان قيل له اعمل برايك لانه تبرع
وليس من ضرورات التجارة ولا يحصل الغرض من المضاربة وهو الربح واما
الدفع مضاربة فمن صنيع التجار وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت
قوله اعمل برايك الا بتنصيص من رب المال نحو ان يقول اقرض او استدن او
هب وتصدق وان شئت فان شرى بمالها اي بمال المضاربة [illegible]
بزا بفتح الباء الموحدة وبالزاء المعجمة عند اهل الكوفة ثياب الكتان والقطن
لا ثياب الصوف والخز كذا في المغرب وقصره بالماء اي بلا زيادة شيء على الثوب
او حمله من موضع الى آخر بماله متعلق بقصره وحمله على التنازع فهو متبرع وان
قيل له اعمل برايك لانه استدانة في حق المالك بلا اذنه واما بمالها لانه اذا قصره
بالنشا فحكمه حكم الصبغ وله اي للمضارب الخلط بماله والصبغ بماله
ان قيل له ذلك اي اعمل برايك لان الخلط بمال نفسه من صنيع التجار فيدخل تحت
اعمل برايك والمراد بالصبغ ان يصبغه احمر عند ابي ح لانه لو صبغه اسود لا يدخل تحت
قوله اعمل برايك لان السواد عيب عنده وسائر الالوان كالحمرة وعندهما السواد والحمرة
سواء لانه زيادة عندهما كالحمرة والمص يختار قول الامامين ههنا فلذا قال
وله الصبغ ان قيل له ذلك واطلق الصبغ ولم يقيده بكونه احمر فلا يضمن المضارب
يعني اذا دخل الخلط والصبغ تحت قوله اعمل برايك لا يضمن بكل واحد منهما
لانه يكون فعلهما بفعل باذنه ويصير المضارب شريكا لرب المال بما زاد الصبغ
فيه وحصته اي حصة الصبغ له اي للمضارب اذا بيع وحصة الثوب في مال
المضاربة وحاصله انه يصير المضارب شريكا في الثوب بقدر ماله من الصبغ فاذا بيع الثوب
كان حصة قيمة الصبغ من الثوب للمضارب وحصة الثوب الابيض من مال المضاربة
حتى اذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومائتين كان الالف للمضاربة
وما زاد منهم للمضارب بمقابلة ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة بالماء والحمل لانه ليس
عين مال قائم في المتاع حتى يكون بعض الثمن اذا بيع بازائه فكان جميع الثمن للمضاربة
فيهما الا يرى ان الغاصب لو صبغ لا يضيع ماله بل يتخير صاحب الثوب بين ان يعطي بازاء
الصبغ يوم الخصومة لا يوم الاتصال شيئا وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم الغصب
ويترك الثوب عليه ولو قصر بالماء او حمله بماله يضيع ذلك وكان لرب الثوب
ان ياخذه مجانا واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه

فان قيل

فان قيل لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب
بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك
يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال المضاربة فصار شريكا ولم يكن غاصبا
فلا يضمن كذا في العناية وان قيدت المضاربة ببلد كقول رب المال للمضارب
دفعت المال اليك مضاربة على ان تعمل في بلد كذا او سلعة اي على ان تبيع وتشتري سلعة
او وقت معين اي على ان تبيع وتشتري وقت كذا او معامل معين اي على ان تبيع و
تشتري من فلان فليس له اي للمضارب ان يتجاوز عما عينه رب المال لانه انما ملك
التصرف بتفويضه فيتقيد بما فوضه اليه رب المال واما التقييد بالبلد والسلعة مفيد
لان التجارة تختلف باختلاف الامكنة والامتعة وكذا التقييد بالوقت لان التقييد
بالزمان مفيد كالتقييد بالمكان لان التجارة تختلف باختلاف الازمنة فتتوقت بما وقته
وكذا التقييد بمعامل معين مفيد لتفاوت الناس في الاقتضاء كما في الشركة
اي كما لا يتعدى احد الشريكين في الشركة المقيدة بشيء منها فان تجاوز المضارب
عما عينه رب المال بان خرج الى غير البلدة التي عينه او اشترى سلعة غير ما عينه او
في وقت غير ما عينه او باع من غير من عينه ضمن وكان ذلك له والربح له
اي للمضارب وعليه خسرانه لانه تصرف في مال غيره على خلاف ما عينه وان لم يتصرف
حتى رده الى البلد الذي عينه برئ من الضمان لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق
ورجع المال مضاربة على حاله لان المال باق في يده بالعقد السابق وكذا اذا اشترى
ببعضه ثم رد بعضه الى البلد الذي عينه كان المردود والمشترى على المضاربة واعلم
ان اصل الضمان واجب بنفس الاخراج وبالشراء يتقرر الضمان لان الضمان الواجب بالاخراج
على عرضية الزوال لاحتمال الاعادة الى البلد الذي عينه كذا في الكافي
فان قال رب المال له اي للمضارب عامل اهل الكوفة او عامل الصيارفة جمع الصيرفي
فعامل في الكوفة غير اهلها اي غير اهل الكوفة او صارفا اي عامل معاملة الصرف
مع غير الصيارفة لا يكون مخالفا لان فائدة الاول التقييد بالمكان وهو الكوفة
فاذا عامل فيها فقد وجد ذلك وان كان مع رجل غير كوفي وفائدة الثاني
التقييد بنوع وهو الصرف فاذا حصل ذلك فكونه مع الصيارفة او غيرهم سواء
وكذا لا يكون مخالفا لو قال اشتر في سوقها اي في سوق الكوفة فاشترى في غيره
اي في غير سوق الكوفة لان الاصل ان المال اذا شرط على المضارب شرطا مفيدا
يتقيد به ويجب الضمان على المضارب متى تركه وان لم يفد لا يصح الشرط ولا
يضمن المضارب بتركه ففي شرط العمل بالكوفة فائدة لرب المال وهو صيانة ماله
عن خطر الطريق ولان الاسعار تختلف باختلاف البلدان وكذا النقود تختلف
باختلاف البلدان لكن لا فائدة في تقييد تصرفه بالسوق لان مقصوده سعر الكوفة
لا عين السوق والبلدة الواحدة كالبقعة الواحدة فكان التخصيص لغوا
بخلاف قوله لا تشتر في غير السوق فانه لو عمل في غير السوق حينئذ يضمن لانه
صرح بالحجر عن الاشتراء في غيره وهو يملك الحجر ونوقض بما لو قال على ان تبيع
بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه
مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه يتبع وغيره كذلك لغو والمفيد
من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول
كالتخصيص ببلد او سلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع بالنقد
من الثمن كان خيرا من ثمن النسيئة ليس الا فكان التقييد مضرا واما الثالث
فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلدة ذات اماكن
مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فان شرط الموضع الحفظ على الموضع عن محل الليل حفظ

وقد يختلف الاسعار ايضاً باختلاف الاماكن وغيره عنهم من وجه وهو ان العقد
مع ثنايين اطرافه جعل كمكان واحد فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر
ولم نعتبر عند السكوت عنه كذا في العناية يقول الفقير في قوله فان البيع
بنقد من الثمن كان خيراً من النسيئة ليس الا تأمل لجواز ان يكون ثمن النسيئة زائداً على
ثمن النقد تدبر وان قال رب المال للمضارب خذ هذا المال تعمل به مرفوعاً او مجزوماً
في الكوفة او خذ هذا المال فاعمل به فيها اي في الكوفة او خذه مضاربة بالنصف فيها
اي في الكوفة فهو تقييد فليس له ان يعمل في غير الكوفة بخلاف خذه واعمل به نصراً
فيها اي في الكوفة فانه ليس بتقييد فكان له ان يعمل في الكوفة وغيرها والضابط انه
رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنياً على ما
قبله يجعل مبنياً عليه كما في الالفاظ الثلاثة السابقة فان الاول منها وهو قوله
تعمل به مرفوعاً او مجزوماً لا يصح الابتداء به فيجعل قوله تعمل تفسيراً لقوله خذ
او استئنافاً بيانياً وكذا الثاني وهو قوله فاعمل لان الفاء للوصل والتعقيب
والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا الثالث وهو قوله خذه بالنصف فيها
لان الباء للالصاق فيقتضي العمل ملصقاً بالنصف في الكوفة وهو يكون العمل فيها ومتى ذكر عقيبها ما يمكن التلفظ به ابتداء واستقام الابتداء
لا يبنى على قوله ويجعل مبتدأ كما في اللفظ الاخير وهو قوله خذ واعمل فيها
لان الواو يمكن ان يكون ابتدائية فيجوز الابتداء فاعتبر كلاماً مبتدأ وجعل مشورة
كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل لم لا يجعل الواو للحال كما
في قوله ادّ الي الفاً وانت حر اجيب بعدم صلاحية لذلك لان العمل انما يكون بعد
الاخذ لا حال الاخذ كذا في العناية يقول الفقير وجعله حالاً مقدرة خلاف الظاهر
لكن يبقى كونها للعطف لانه لا يجوز الابتداء به بحث تدبر
وللمضارب ان يبيع بالنسيئة لان غرضه حصول الربح وقد يتحصل ذلك بالنسيئة بين الناس
ما لم يكن اجلاً لا يبيع اليه التجار كعشر سنين مثلاً لان له الامر العام المعروف
ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يكتري
السفينة اعتباراً لعادة التجار وان باع بنقد ثم اخر جاز اما
عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان الوكيل يضمن اذا اخر والمضارب
لان المضارب يملك ان يقايل العقد ثم يبيعه نسيئة والوكيل لا يملك البيع بالنسيئة
بعد الاقالة وان ملك الاقالة عندهما واما عند ابي يوسف فلان المضارب
يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل فانه لا يملك الاقالة هر
وله اي للمضارب ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من
عادة التجار وعن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق العقد لان الاذن في التجارة بمنزلة
الدفع مضاربة فلا يملكه وليس له اي للمضارب ان يزوج عبداً او امة من مالها اي
مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة وعقد المضاربة لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة
وجوّز ابو يوسف تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة
والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال فانه لا يدخل تحت مطلق
المضاربة ولا ان يشتري به اي بمال المضاربة من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها
لان العقد وضع لتحصيل الربح وهذا انما يكون بشراء ما يمكن بيعه واما ما لا يمكن
بيعه فلا يحصل به الغرض فلا يتناوله الاذن فان شراه يعتق على رب المال كان له
اي للمضارب لا للمضاربة لان الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري ينفذ
عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وهذا لان المضارب هو الاصل في حق البائع
في حقوق العقد ترجع اليه فوجب ان ينفذ عليه لما تعذر نفاذه من رب المال دفعاً للضرر عن البائع وان نقد الثمن من مال المضاربة ضمن

وكل

ولا ان يشتري من يعتق عليه اي على المضارب ان كان في المال ربح لانه يعتق عليه
نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة
او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي الاعتاق فيمتنع التصرف
فيه بيعاً فيبقى المقصود وهو البيع للاسترباح فان فعل اي اشترى من يعتق عليه
ضمن لانه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من مال المضاربة هر
وان لم يكن في المال ربح صح شراء من يعتق عليه لانتفاء المانع من التصرف حيث
لا شركة للمضارب فيه فيصح على بيعه فيقع الشراء على المضاربة فان حصل
ربح بعد الشراء بازدياد قيمته عتق نصيبه اي نصيب المضارب منه لانه ملك
بعض قريبه ولا يضمن لرب المال شيئاً لانه انما عتق عند الملك لا بصنع منه
لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار
كما اذا ورث مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجها واخاها
عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئاً لعدم الصنع منه بل يسعى المعتوق في قيمة
نصيب رب المال منه وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست
مالية العبد عند العبد فيسعى كما في الوراثة ولو اشترى المضارب بالنصف
امة بالف وقيمتها الف فوطئها فولدت ولداً يساوي الفاً فادعاه المضارب
حال كونه موسراً فصارت قيمته اي قيمة الولد الفاً ونصفاً اي خمسمائة
استسعاه رب المال في الالف وربعه او اعتقه يعني ان شاء رب المال استسعى
الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه فاذا قبض رب المال الالف
من الغلام ضمن المدعي وهو المضارب لرب المال نصف قيمة الامة وتفصيل ذلك
لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهراً لانه يحمل على انه وطئها بالنكاح بان
زوجها البائع منه وعلقت منه ثم باعها منه وهي حبلى حملاً لامره على الصلاح لكن
لا ينفذ هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرطه فيها اذ كل واحد من الجارية والولد
مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة اذا صار
اجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا لان بعضها
ليس باولى من البعض حتى يقال ان هذا رأس مال وغيره ربح لانه يمكن ان يهلك
ما سواه ويبقى واحد فقط فلان جعله لاحد لكونه رأس مال او ربحاً فحكم لم يكن
للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد بما الثابت له مجرد حق التصرف فلا
دعوة فاذا زادت قيمته وصارت الفاً وخمسمائة ظهر الربح فملك المضارب منه
نصف الزيادة فينفذ دعوته لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق
الولد ثم ظهر الربح حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لانه انشاء العتق فاذا
بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه واما الدعوة فاخبار فاذا رد في حق
غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته كما اذا اخبر
بحرية عبد لغيره برد اخباره فاذا ملكه بعتق لتصادقهما واذا قبض الالف
من الغلام له ان يضمن المضارب الذي ادعى الولد نصف قيمة الام لان الالف
المأخوذ صار رأس المال لتقدمه استيفاء فالجارية كلها ربح لكن نفذت الدعوة
السابقة وصارت ام ولد فيضمن نصف قيمتها لانه ضمان تملك فلا يشترط فيه الصنع

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة فلهذا اخرها عن المفردة فان ضارب المضارب اي اعطى المال
مضاربة بلا اذن من مالك فلا ضمان ما لم يعمل الثاني في ظاهر الرواية وهو قولهما
اي قول الامامين وفي رواية الحسن عن الامام لا يضمن بالعمل ايضاً ما لم يربح
لانه يملك الابضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح فاذا ربح فقد اثبت له شركة في المال
وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله في حق الضمان

وان كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا ضمان وان ربح لانه اجير فيه والاجير
لا يستحق شيئا من الربح فلا يثبت الشركة الموجبة للضمان بل له اجر مثله على المضارب الاول
وللاول ما شرط له من الربح وحيث ضمن الاول رب المال تصح بينهما شاء باجماع اصحابنا
في المشهور من الرواية اما تضمين الاول فلانه صار غاصبا بدفع المال الى غيره بغير اذنه
واما تضمين الثاني فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وقيل على الخلاف في ايداع المودع
يعني يضمن الاول فقط كمودع المودع عند ابي حنيفة فان المودع يتخير في تضمين ايهما شاء
كمودع المودع عندهما كذا هنا والفرق لابي حنيفة على الشهيد ان مودع المودع
يقبضه لمنفعة الاول لا لنفسه فلا يضمن واما المضارب الثاني فيعمل لنفسه
فلهذا يضمن وان اذن رب المال له اي للمضارب بالمضاربة فدفع المضارب المال
بالثلث لاخر وقد قيل له اي وقد قال رب المال للمضارب الاول ما رزق الله بيننا
نصفان او ما رزق الله فلي نصفه او ما فضل من راس المال فبيننا نصفان
فعمل الثاني وربح فنصف الربح لرب المال وثلثه للثاني اي المضارب الثاني
وسدسه للاول اي المضارب الاول لان دفع المضارب الاول الى الثاني كان
باذن رب المال الا ان رب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله وما رزق الله
جميع الربح فكان لرب المال نصف جميع الربح ولا يكون للمضارب الاول ان يوجب
شيئا من ذلك لغيره بل ما اوجبه للثاني وهو ثلث الربح ينصرف الى نصيبه خاصة
فيبقى له السدس ويطيب لهما ذلك لان عمل الثاني وقع له كمن استاجر
رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الخياط من يخيط بنصف درهم
طاب للاول الباقي من نصف درهم وهو نصف درهم ايضا فكذا هنا
وان دفع المضارب الاول للمضارب الثاني بالنصف وقد قيل له ما ذكر
فنصفه اي نصف الربح لرب المال ونصفه للثاني اي للمضارب الثاني
ولا شيء للاول لان رب المال شرط لنفسه نصف جميع الربح فانصرف شرط المضارب
الاول النصف للثاني الى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ولا شيء للاول
لانه جعل ما كان له للثاني وان شرط المضارب الاول للثاني الثلثين وقد قيل له ما
ذكرنا فكما شرط يعني لرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن
المضارب الاول للثاني سدسا من ماله لانه شرط للمضارب الثاني شيئا هو
مستحق لرب المال فلم ينفذ في حق رب المال ووجب عليه الضمان بالتسمية
لانه التزم السلامة فاذا لم يسلم له رجع عليه وهو كمن استاجر رجلا
ليخيط له ثوبا بدرهم فاستاجر الاجير رجلا اخر ليخيطه بدرهم ونصف فانه
يضمن له زيادة الاجر ولانه غره بالتسمية والغرور في العقود موجب للضمان
وان كان قيل له اي المضارب ما رزقك الله بكاف الخطاب او ما ربحت بتاء الخطاب
بيننا نصفان فدفع المضارب لاخر مضاربة بالثلث فتصرف الثاني وربح
فلكل منهم اي لكل واحد من رب المال والمضارب الاول والمضارب الثاني
ثلثه اي ثلث الربح لان رب المال ما شرط نصف جميع الربح بل النصف مما يحصل للمضارب
الاول من الربح فاستحق المضارب الثاني جميع ما شرط له وما وراء ذلك جميع ما حصل
للمضارب الاول من الربح ورب المال شرط لنفسه ذلك ولذا كان الباقي وهو الثلثان
بينهما فكان لكل منهم ثلث الربح وان دفع المضارب لاخر مضاربة بالنصف
في هذه الصورة فللثاني نصف الربح ولكل من المضارب الاول ورب المال ربع
الربح لان الاول شرط للثاني نصف جميع الربح وهو مأذون فيه من جهة
رب المال لان الغرض فيه فاستحقه والمالك شرط لنفسه نصف ما ربح المضارب
الاول ولم يربح الاول الا النصف فكان ذلك بينهما

ولو شرط

[١] يعني حيث لزم الضمان بعمل الثاني في ظاهر الرواية وبالربح في رواية الحسن صح

[٢] فان المودع يضمن المودع الاول عنده وعندهما يتخير في تضمين ايهما شاء كمودع المودع

ولو شرط المضارب لعبد رب المال ثلث الربح ليعمل العبد معه وشرط لرب المال
ثلثا من الربح ولنفسه ثلثا صح لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم
لان للعبد يدا معتبرة وهو متردد بينهما خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط العمل عليه
الا يرى انه ليس للمولى ان يأخذ ما اودعه العبد من يد المودع وان كان محجورا عليه واذا لم يمنع
التخلية والتسليم لا يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط العمل على المالك لانه يمنع التخلية والتسليم
فيمنع صحة المضاربة واذا كان ثلث الربح للمضارب لانه المشروط له هذا القدر
والثلثان للمالك ان لم يكن على العبد دين لان ما شرط للعبد فلسيده وان كان عليه دين
فالثلث للمالك والثلث للغرماء لانه لما شرط عمل العبد صار الثلث من كسب العبد
هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي
وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا شرط العمل على المالك
وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى كالاجنبي كذا في الكافي
وتبطل المضاربة بموت احدهما اي رب المال والمضارب لانها توكيل والموكل يبطل الوكالة
ولا تورث الوكالة فكذا هذه وتبطل بلحاق رب المال بدار الحرب مرتدا والعياذ بالله تعالى
لانه كالموت حتى يقسم ماله بين الورثة ويعتق مدبره وام ولده هذا اذا لم يعد المرتد المذكور
مسلما واما اذا عاد مسلما فالمضاربة كما كانت قبل قضاء القاضي باللحاق وبعده
اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده
فلان وجود حق المضارب مانع عن بطلانها اما قبل لحاقه بدار الحرب فيتوقف تصرف
المضارب عند ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل لان عنده تصرف
رب المال المرتد بنفسه يكون موقوفا فكذا تصرف المضارب لانه يتصرف له وعندهما
يجوز ولا يتوقف ولا تبطل بلحاق المضارب بدار الحرب مرتدا اتفاقا حتى لو اشترى
وباع وربح او وضيع ثم قتل على الردة او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعله
جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز
ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد
لتعلق حق الوارث ولكن في املاكه ومال المضارب ليس ملكا له حتى يتوقف لتعلق
حق الوارث به فيصح تصرفه في مال المضاربة لما ذكرنا ان له عبارة صحيحة ويصان في الجملة
خلا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة رحمه الله
لان حكم العهدة يتوقف بردته لانها لوازمه لتقضى من ماله ولا تصرف له في ماله
لتعلق حق الورثة فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول
ابي يوسف ومحمد حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبلها فالعهدة عليه فيرجع
على رب المال كذا في العناية قال صاحب التسهيل اقول يخالف ما ذكر
في كتاب الوكالة من انها تبطل بلحاق الوكيل كالموكل كذا في الكافي ونحوه فبين الكلامين
تدافع فانه ظهر هنا ان الوكالة لا تبطل بلحاق الوكيل اذ المضاربة اذا بقيت
لا تبقى الا ببقاء الوكالة واشرنا الى التوفيق بينهما وما ظهر لنا في كتاب الوكالة فليتأمل
ثم انتهى ما ذكره هنا ثم قال في باب الوكالة اقول فان قيل ههنا ينافي ما ذكر
في كتاب المضاربة من انها لا تبطل بالحكم بلحاق المضارب فان المضاربة اذا
لم تبطل يستلزم بقاء الوكالة فبين الكلامين منافاة فليتأمل اقول
يمكن التوفيق بينهما بان المراد بما في المضاربة هو ان اصل عقد الوكالة باق لا يبطل بلحاقه
بدار الحرب والوكيل اذا لحق بدار الحرب يبطل تصرفه ولا يجوز لا لان الوكيل انعزل وبطلت
وكالته بل لان امر الموكل لم يتناول تلك البقعة وان كانت وكالته باقية كمن قال
لغيره بع هذا بمكة فاخرجه منها لم يجز بيعه فاذا عاد جاز بيعه فكذا هنا الا يرى ان الموكل
لو قال للوكيل وكلتك ببيع هذا في دار الحرب فارتد الوكيل ولحق بدار الحرب جاز بيعه ثمة

واقرب هذا التوفيق انما يتم على قول محمد لا على قول ابي يوسف فان الوكالة تبقى عند محمد لا عند ابي يوسف والوجه المذكور في بيان التوفيق من ان الامر لم يتناول تلك البقعة انما هو وجه محمد كما ذكر في الغاية شرح الهداية ثم قال الظاهر عندي ان المضاربة ينبغي ان يكون كالوكالة تبطل بالحكم بلحاق الوكيل على قول ابي يوسف لا على قول محمد انتهى ما ذكره في باب الوكالة ولا ينعزل المضارب بعزله اي بعزل رب المال ما لم يعلم المضارب به اي بالعزل حتى لو اشترى وباع قبل العلم بالعزل جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه فان علم بعزله والمال اي مال المضاربة عروض فله اي للمضارب بيعها نقدا ونسيئة ولا يمنعه العزل عن ذلك حتى لو نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد ولا يظهر الربح الا بالقسمة والقسمة تبتنى على راس المال لتميزه وهو انما يحصل بالبيع كذا في العناية يقول الفقير تعليله يفيد بيعها فقط ولا يفيد بيعها نقدا ولا نسيئة وعدم العمل بنهيه عن البيع نسيئة ولا بد في اثباته من مقدمة اخرى تتدبر ولا يتصرف في ثمنها بعد البيع لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل بعده وان كان مال المضاربة نقدا من جنس راس المال حين علم بعزله لا يتصرف فيه اصلا بعد العلم بالعزل لانه لا ضرورة في تصرفه وان كان مال المضاربة حين العلم بالعزل من غير جنسه اي من غير جنس راس المال بان كان دراهم وراس المال دنانير او بالعكس فله اي للمضارب تبديله بجنسه استحسانا والقياس ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وذا انما يتحقق برد جنسه فكان له ان يبدله ولو افترقا اي المضارب ورب المال وفي المال ديون على الناس لزمه التقاضي اي الطلب واخذه ان كان ربح لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة المحضة ومن اتمام العمل استيفاء ما وجب من الديون على الناس والا اي وان لم يكن ربح فلا يلزمه الاقتضاء لانه حينئذ وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على اتمام ما تبرع به ويوكل المضارب المالك به اي بالاقتضاء لان حقوق العقد متعلقة بالعاقد فلم يكن لرب المال المطالبة بالديون فيما عقده المضارب الا بتوكيل اياه وكذا سائر الوكلاء يعني كل وكيل بالبيع اذا امتنع عن التقاضي لا يجبر عليه بل يقال وكل الموكل به اي بالاقتضاء والبياع يعني الدلال فانه يعمل بالاجرة والسمسار وهو الذي يجلب اليه العروض والحيوانات ليبيعها فهو يعمل بالاجرة ايضا يجبران عليه اي على الاقتضاء فانه يجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبران على التقاضي والاستيفاء فانه وصل اليهما بدل عملهما وهما كالمضارب اذا كان في المال ربح وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا دون راس المال لان الربح تابع وراس المال اصل لتصور راس المال بدونه وعدم تصوره بدون راس المال والهلاك يصرف الى التبع دون الاصل كما يصرف الهلاك في مال الزكاة الى العفو دون النصاب لان العفو تبع فان زاد الهالك على الربح لا يضمن المضارب لانه امين فلا يكون ضمينا لما بينهما من المنافاة فان اقتسماه اي ان اقتسم المضارب ورب المال الربح وفسخت المضاربة ثم عقداها جديدا فهلك المال كله بعد العقد الجديد او هلك بعضه لا يتراد ان الربح المقسوم لان المضاربة الاولى قد انتهت والمضاربة الثانية عقد جديد فهلاك المال في العقد الجديد لا يوجب انتقاض الاول كالودفع اليه مال اخر وان اقتسماه من غير فسخ ثم هلك المال كله او بعضه ترادا الربح حتى يتم راس المال ليأخذه المالك لان الاصل ان القسمة لا تصح حتى يستوفي المالك راس ماله لان الربح زيادة على الاصل وهي لا تكون الا بعد سلامة الاصل فاذا هلك ما في يد المضارب امانة ظهر ان ما اخذاه من راس المال فيضمن المضارب ما اخذه لنفسه وما اخذه المالك محسوب من راس المال

فان فضل

فان فضل شيء من الربح بعد ما استوفى راس المال اقتسماه اي ما فضل لانه ربح خالص وان لم يف اي الربح ما هلك من راس المال فلا ضمان على المضارب لانه امين لا ضمين

فصل في نفقة المضارب

ولا ينفق المضارب من مالها اي من مال المضاربة في مصره لانه لم يحتبس فيه بالمال فلا يجب النفقة فيه بل هو ساكن فيه بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس فلم يوجد فكانت من ماله او في مصر يتخذه دارا اي وطنا فيه به لانه لو نوى الاقامة في مصر ولم يتخذه وطنا فنفقته من مال المضاربة ولا ينفق من مال المضاربة في المضاربة الفاسدة لان المضارب يكون فيها اجيرا والاجير لا يستحق النفقة فان سافر فطعامه وشرابه من مالها اي من مال المضاربة بالمعروف اي بحيث لا يعد مثل هذا الانفاق في عرفهم اسرافا ولا تقتيرا وكذا كسوته بالمعروف ايضا وكذا ركوبه شراء واستيجارا اعتبارا لعادة التجار وكذا اجرة خادمه وفراش ينام عليه وغسل ثيابه وكان ينبغي ان لا يكون كل منها من مال المضاربة ولكن لما كان في عادة التجار مما لا بد منه ليزداد رغبات الناس في معاملته ولا يعدون من عداد المفاليس كان من مال المضاربة استحسانا وكذا الدهن بفتح الدال وسكون الهاء مصدر دهنه من باب نصر يعني الادهان في موضع يحتاج فيه اليه اي الى الدهن كالحجاز مثلا فان الشخص اذا كان طويل وسخ الثياب ناشيا لحوائجه يعد من الصعاليك ويتبعها ملوم فضاربه يكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقات ويجوز ان يكون الدهن بالضم اسما مرادا منه دهن السراج وصاحب الاختيار ذكره ولم يذكر الاول وكذا اجرة الحمام والحلاق كذا في الكافي وضمن المضارب ما كان زائدا على المعتاد لانتفاء الاذن ونفقته اي نفقة المضارب في مرضه من ماله لا من مال المضاربة لان ما زاد انها من اجزاء الاحتباس كالدواء فانه اذا مرض كان دواؤه من ماله لا من مالها سواء كان في السفر او في الحضر هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح البدن ولا يمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض فانه قد يمرض وقد لا يمرض فلا يكون من جملة النفقة الا يرى ان نفقة المرأة على الزوج ودواءها في مالها ويرد ما بقي من كسوة وغيرها كالطعام ونحوه اذا قدم من السفر الى المصر الى راس المال لتمام الحاجة وانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد العود وما دون السفر كسوق المصر ان امكنه ان يغدو ثم يروح ويبيت في اهله لان اهل السوق يتجرون في السوق في المصر ثم يبيتون في منازلهم وهذا كذلك فيكون نفقته من ماله لا من مالها والا اي وان لم يمكنه ان يغدو ويبيت باهله فكالسفر لان خروجه اذن للمضاربة يقينا فيكون نفقته من مال المضاربة وليس للمستبضع الانفاق من مالها اي من مال البضاعة لانه متبرع بالعمل فلا يجب له النفقة ويأخذ ما انفق المضارب من الربح اولا ان وجد ربح يعني ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال راس ماله كاملا فيكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال وما فضل من الربح قسم بينهما على ما شرطا وان لم يوجد ربح يحسب النفقة من راس المال وان سافر المضارب بماله ومال المضاربة او سافر بمالين لرجلين انفق بالحصة فان كانا متساويين كان الانفاق على السواء فان كان احدهما زائدا على الاخر كان الانفاق كذلك

وان باع المضارب متاع المضاربة مرابحة حسب ما انفق عليه ادخل المتاع من اجرة
حمل ونحوه كاجرة القصار والسمسار وقال قام علي بكذا لان هذه الاشياء تزيد
في القيمة وتعارف التجار الحاقها براس المال في بيع المرابحة لا يحسب نفقة نفسه
في سفره لانهم لم يتعارفوا ذلك ولا تزيد ايضا في قيمة المتاع كذا في الهداية
يقول الفقير في زيادة اجرة الحمل في القيمة وعدم زيادة نفقة نفسه فيها بحث يليق بالتامل
وقد فهم يمكن ايضا بالتدبر تدبر ولو شرى مضارب بالنصف الف المضاربة بزا فباع
البز بالفين واشترى بهما اي بالفين عبدا فضاعا اي الالفان قبل نقدهما
اي الالفين يغرم المضارب ربعهما اي ربع الالفين وهو خمسمائة ويغرم المالك الباقي
وهو الف وخمسمائة وربع العبد للمضارب وباقيه وهو ثلثة ارباعه للمضاربة
وراس المال الفان وخمسمائة لان المضارب لما باع البز بالفين ظهر الربح وهو
الالف فملك المضارب نصفه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالفين عبدا صار
ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا ضاع الفان قبل النقد
كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد وربعه على المضارب وهو
خمسمائة وثلثة ارباعه على المالك وهو الف وخمسمائة والربع الذي صار
للمضارب يخرج عن المضاربة لانه صار مضمونا على المضارب ومال المضاربة يكون امانة
وبينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد على المضاربة لان ضمان رب المال لا ينافي المضاربة
وصار راس المال الفين وخمسمائة لان رب المال دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة
ولا يبيعه اي المضارب العبد مرابحة الا على الفين ولا يبيعه على الفين وخمسمائة
لان الشرى وقع بالفين فلا يضم الوضيعة التي وقعت بسبب الهلاك في يد المضارب
فلو بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف والالف الباقي
ملك المضارب خاصة والالفان وخمسمائة منها راس المال والربح منها
خمسمائة بينهما اي بين المضارب ورب المال لانه اذا وقع من ثلاثة الاف راس المال
وذلك الفان وخمسمائة يبقى خمسمائة ربحا بينهما ولو اشترى رب المال عبدا
بخمسمائة وباعه من المضارب بالف لا يبيعه اي المضارب العبد مرابحة الا على
خمسمائة لا على تمام الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيل
وبيع الانسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضارب متحققا صح بيع
رب المال من المضارب عندنا وبقيت شبهة بطلان البيع فلم يجوزوا ابتناء المرابحة
عليه لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فتبنى المرابحة على
ما اشتراه به المالك وهو نصف الالف لثبوته من كل وجه لا على ما اشتراه المضارب
وهو الالف لانه ثابت من وجه دون وجه وان اشترى المضارب عبدا بالف
وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه رب المال مرابحة بالف ومائة لانه وقع
العقدان لرب المال ولم يقع للمضارب منه الا قدر نصيبه فصح ان يقول قام علي
بالف ومائة ويطرح نصيب المضارب وهو المائة ولو اشترى مضارب بالنصف
بالف المضاربة عبدا يعدل قيمته الفين فقتل ذلك العبد رجلا خطا اي بالدفع
او الفداء فان دفعا العبد انتهت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما
بلا بدل وكذا ان فديا خرج العبد عن المضاربة اما حصة المضارب فلانه تقرر
ملكه بالفداء فصار كالقسمة لان قضاء القاضي بانقسام الفداء يقتضي انقسام العبد
والمضاربة تنتهي بالقسمة واما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار كالزائل
عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء صار كانهما اشترياه ثم الفداء عليهما
بالارباع وربع الفداء عليه اي على المضارب وباقيه وهو ثلاثة ارباعه على المالك
لا الفداء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه اذا صار
مال المضاربة عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف للمالك براس ماله هـ

وانما قال واحدا احترازا عما كانا عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم

واذا افدي على بناء المجهول يعني اذا فديا صار العبد لهما وكل خرج عن المضاربة
ويخدم المضارب يوما ويخدم المالك ثلثة ايام بقدر حقهما وان فدى
المضارب كان متطوعا وان فدى احدهما نصيبه والاخر دفع صح لان كل واحد منهما
مالك لبعضه فصار كالعبد المشترك كذا في الكافي ولو اشترى بالف
المضاربة عبدا وهلك الالف قبل نقده دفع المالك الثمن يعني الفا اخر ثم وثم
يعني كلما هلك الالف قبل الدفع دفع المالك الالف اخر الى ما لا يتناهى وجميع ما دفع
راس المال فرق بين هذا وبين الوكيل بشراء عبد بعينه بالف دفع اليه فاشترى
فهلك الالف قبل ان ينقده للبايع له ان يرجع على الموكل مرة فحسب بان المال في يد
المضارب امانة لما تقرر ان مبنى المضاربة على الامانة والاستيفاء انما يكون بقبض
مضمون فلو حمل قبضه على الاستيفاء لصار ضامنا وهو ينافي الامانة فحمل قبضه
ثانيا على جهة الامانة دون الاستيفاء فاذا هلك كان الهلاك على رب المال ثم وثم
الى ان يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البايع بخلاف الوكيل لانه امكن بقبضه
جعله مستوفيا لان الضمان لا ينافي الوكالة الا يرى ان الغاصب اذا صار وكيلا
عن المالك ببيع المغصوب جاز حتى اذا هلك العبد في يد الغاصب بعد ما صار وكيلا
ضمن فالوكيل اذا اشترى العبد بالف وجب للوكيل على الموكل مثله فاذا استوفى
حقه من الموكل حمل قبضه على الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفاه مرة لم يبق الحق
اصلا فاذا هلك المقبوض كان الهلاك عليه لا محالة ثم الوكيل لو شرى ثم دفع
الموكل اليه الثمن فهلك لا يرجع به على الموكل لانه يثبت له حق الرجوع بنفس الشراء اذ الشراء
اوجب له الثمن على الموكل فجعل مستوفيا بالقبض بعد الشراء فلا يرجع اصلا اما اذا دفع
اليه قبل الشراء فانه في يده وهو باق على الامانة بعده لانه لم يوجد بعد الشراء ما يوجب
كونه مضمونا فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع بعده لوقوع الاستيفاء
كذا في الكافي والتسهيل ولو كان مع المضارب الفان فقال لرب المال دفعت
الي الفا وربحت الفا وقال المالك بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب
وكان ابو حنيفة يقول اولا القول لرب المال وهو قول زفر لان المضارب
يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكره فالقول للمنكر ثم رجع وقال
القول للمضارب وهو قولهما اي ابي يوسف ومحمد لان حاصل اختلافهما في مقدار
والقابض احق بمعرفة مقدار المقبوض الا يرى ان القول قول الغاصب في مقدار
المغصوب فلان يقبل قول الامين اولى ولهذا كان القول له لو انكر القبض اصلا
كذا في مقداره ولو اختلفا مع ذلك اي مع الاختلاف في راس المال في قدر الربح
مثل ان يقول رب المال راس المال الفان والمشروط لك ثلث الربح ويقول المضارب
راس المال الف والمشروط لي نصف الربح فللمالك اي القول للمالك يعني في الربح
وفي راس المال للمضارب كما كان اما في راس المال فلما مر من الدليل واما في الربح فلان
الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهة المالك وايهما اقام البينة على ما
ادعى من الفضل قبلت بينته لان رب المال يدعي فضلا في راس ماله والمضارب
يدعي فضلا في الربح والبينات شرعت للاثبات ولو قال من معه الف
قد ربح فيها الف حال او صفة الف هي مضاربة زيد مقول القول وقد ربح الف
لا بل بضاعة فالقول لزيد لان المضارب ادعى تقويم العمل والشركة
في مال فجعل القول لرب المال لانكاره وكذا لو قال ذو اليد هي قرض
وقال زيد بضاعة او وديعة او مضاربة يكون القول لزيد وهو رب المال
والبينة للذي في يده المال لانه يدعي عليه تملك الربح من جهته وهو ينكر فكان القول للمنكر
ولو قال المضارب لرب المال اطلقت وقال رب المال عينت نوعا من التجارة فالقول للمضارب

لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل

ولو ادعى كل واحد من المضارب ورب المال نوعاً فلما لك لاتفاقهما على الخصوص
فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته احق والبينة بينة المضارب لاحتياجه
الى نفي الضمان كذا في الهداية والكافي واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي
واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه وبلزمها نفي الضمان فاقام اللازم مقام الملزوم كناية

كتاب الوديعة

وجه المناسبة تقدم في اول الاقرار ثم ذكر بعدها العارية والهبة والاجارة للتناسب
بالترقي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء والعارية تمليك المنفعة
بلا عوض والهبة تمليك العين بلا عوض والاجارة تمليك المنفعة بعوض
وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم وهي فعيلة
من الموادعة وهي المشاركة فالوديعة شيء متروك عندنا لامين فعيلة بمعنى المفعول
كذا في المغرب ومنه الموادعة في الحرب اي ترك كل واحد من الفريقين الحرب ومنه
قوله صلى الله عليه وسلم لينتهين قوم عن ودعهم الجماعات او ليختمن على قلوبهم ثم ليكتبن
من الغافلين ومنه الوداع ايضا لان كل واحد منهما يترك صاحبه ويهاجره وقيل
هي من الايداع وهو تسليط الغير على الحفظ اي حفظ ما ترك عنده يقال
استودعت زيدا مالا فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع
بالفتح فيهما والمال وديعة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث وداع المسافر
أستودع الله دينك وامانتك اي استحفظ الله اي اطلب منه تعالى حفظهما
وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه حتى
لو اودع العبد الآبق او مال الساقط في البحر لا يضمن وكون المودع مكلفا لوجوب الحفظ
عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده وشرعيتها ثابتة
بالكتاب قال الله تعالى ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة
لا يكون الا بعدها وبالسنة لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يودع ويستودع
وبالاجماع لان الامة من عصر النبوة الى يومنا هذا كانوا يودعون ويستودعون
على ان قبول الوديعة من باب الامانة وهي مندوبة اليه بقوله تعالى وتعاونوا على البر
والتقوى وبقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في
عون اخيه الايداع تسليط المالك غيره على حفظ ماله والوديعة ما يترك
عند الامين للحفظ اشار الى الحفظ في الاول والى الترك في الثاني لما ذكرنا
ان الوديعة من الموادعة وهي المتاركة او من الايداع وهو تسليط الغير على الحفظ
يقول الفقير فيه بحث ظاهر نبينه وهي اي الوديعة امانة والفرق بين العموم والا
العموم والخصوص المطلق فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص
صحيح كحمل الحيوان على الانسان دون العكس فالوديعة ما استحفظ قصدا والامانة
ما يقع في يده بغير قصده حتى لو القت الريح في بيته ثوب غيره مثلا يسمى امانة وفي الوديعة
يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق بان ينزل عن المركب المودع الذي ركبه
ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة كذا في النهاية والكفاية هـ
قال مولانا الفاضل يعقوب باشا وفيه كلام وهو انه اذا اعتبر في احدهما القصد
وفي الاخر عدمه كان بينهما تباين لا عموم وخصوص والاولى ان يقال والامانة قد
تكون بغير قصد والمادة قال مولانا محمد آفندي في تعليقاته على الدرر بعد نقل هذا الكلام
وانت خبير بان سوق كلام النهاية والكفاية يدل على انهما قصدا تعريف الوديعة والا
فقالا مانا لا ولزمها والحق ان اعتراض الفاضل يعقوب باشا وارد في كونه تغييرا للمادة
الافتراقية بدون لفظ يفيد كون القضية جزئية تكلف فتدبر

ثم فرع على كونها امانة بقوله فلا يضمن بالهلاك لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير
غير المغل ضمان ولا للمستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول
الخيانة في الغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظر لانه ذكره في غريب الحديث
انه قول شريح وليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند عبد الله بن عمر رضي الله عنهما
عن النبي صلى الله عليه وسلم كذا في العناية ولان بالناس حاجة الى شرعيتهما
فلو ضمنا المودع لامتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح
وللمودع ان يحفظها اي الوديعة بنفسه وعياله كزوجته وولده ووالديه واجيره
لكن العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة حتى لو اودعت المرأة وديعتها الى زوجها
لا تضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها لانه كان ساكنا معها والابن الكبير اذا كان
يسكن مع ابيه المودع ولم يكن في نفقته اذا ترك الابن في بيت فيه الوديعة لم يضمن
ولكن يشترط ان لا يعلم من في عياله الخيانة فان علم فيهم الخيانة وحفظ بهم ضمن
ويشترط ان لا ينهى المودع عن الدفع اليهم والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي استأجره
مشاهرة او مسانهة واما الاجير لعمل من الاعمال كالخياط الاجانب يضمن بالدفع اليه
لان المطلوب منه حفظ الوديعة على وجه يحفظ ماله بنفسه والانسان يحفظ ماله
بنفسه تارة وبيد من في عياله اخرى فحفظ آن بالحفظ المعتاد لا يكون خائنا فلا
وحفظها بالاجير لعمل من الاهمال عن الحفظ المعتاد فيضمن ولانه لا يجد بدا من
ان يحفظها منه عياله فانه اذا خرج من داره لحاجة لا يمكن ان يحملها مع نفسه
فيضطر ان يخلفها في بيته فاذا خلفها في بيته صارت في يد عياله حكما
والاجير المذكور ليس منهم وله اي للمودع السفر بها عند عدم النهي عن السفر
وعدم الخوف بامن الطريق بان لا يقصده احد غالبا وان قصده امكنه دفعه
بنفسه او برفقائه وهذا عند ابي حنيفة سواء كان له حمل ومؤنة او لا اخلاف الهما
فيما له حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له السفر بها في الوجهين لان المطلوب
منه الحفظ المتعارف وهو بالابنية والبيوت دون المفاوز لان اسباب الهلاك
تتهيا في الامصار من كل وجه وفي غيرها تتهيا من وجه دون وجه بل فيها تعريض
لها على التوى لقوله صلى الله عليه وسلم المسافر ومتاعه على قلت الا ما وقاه الله
والتعريض على التوى سبب للضمان ولهذا لو استأجر حمالا ليحفظ متاعه بدرهم شهرا
فسافر بالمتاع ضمن ولهما انه يلزم صاحبها مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ولا ولاية
في الزام المؤنة عليه لان فيه اضرارا عليه وله ان الامر بالحفظ صدر مطلقا من غير
تقييد بمكان فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان دون زمان والمفاوز
محل الحفظ اذا كان الطريق امنا فكان الحفظ فيه كالحفظ في المصر والكلام
فيه حتى لو لم يكن امنا او بحرا يضمن ولهذا يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي
ان يبيع ولا بينهما نظرة وما يلحق المالك من المؤنة ضمن ضرورة امتثال الامر
فلا يعد ذلك اضرارا بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فاقتضى
التسليم في مكان العقد وهذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق الحفظ
اطلاقا وان عين عليه الحفظ في المصر هنا فان كان سفرا له منه بد ضمن لم
وان كان سفرا لا بد له منه فان امكنه الحفظ في المصر بان امكنه ان يترك واحدا من عياله
مع الوديعة ضمن وان لم يمكنه ذلك لا يضمن ولو نهاه ان لا يخرج بالوديعة فخرج بها
ضمن لان التقييد مفيد لان الحفظ في المصر ابلغ ظاهرا ثم انه لا فرق عند ابي حنيفة
بين السفر الطويل والقصير وعند ابي يوسف اذا كان له حمل ومؤنة وكان السفر بعيدا
ليس له ان يسافر بها وان كان السفر قريبا له ذلك وعند محمد اذا كان له حمل
ومؤنة ليس له ان يسافر سواء كان قريبا او بعيدا كذا في العناية هـ

فان حفظها اي الوديعة بغيرهم اي بغير من في عياله ضمن لان المالك رضي بحفظه وبيده
ولم يرض بحفظ غيره وبيد غيره والقياس ان يضمن بحفظ من في عياله لكن لا يضمن استحسانا
فاذا اسلم الى غيرهم ضمن كالوكيل لا يملك ان يوكل غيره وعن محمد انه لا ضمان فيما دفع الى
من هو في عياله ممن ينوب عنه في ماله وليس في عياله كشريكه وعبده الماذون وعليه الفتوى
كذا في النهاية قال ابن الملك في شرح مجمع البحرين والمنار بشرط في التحفة كونه في عياله
الا اذا خاف الحرق او الغرق فدفعها اي الوديعة الى جاره في صورة الحرق او دفعها
الى سفينة اخرى في صورة الغرق يعني اذا وقع في دار المودع نار عيانا به تلف
وخاف من احراق الوديعة فسلمها الى الجار او خاف من غرقها في سفينة فالقاها
الى سفينة اخرى فضاعت لا يضمن لان الحفظ في تلك الحالة انما يكون بالدفع الى
رجل كان فيصنا ماذونا فيه دلالة وقيل هذا اذا احاط الحريق بمنزل المودع
فان لم يكن احاط ضمن قال ابن الملك نقلا عن البخيمين هذا اذا لم يمكنه في ذلك
الوقت ان يدفعها الى من في عياله ولما اذا امكن فدفعها الى غيره ضمن ولو وقعت
الوديعة في البحر وقت القائها الى سفينة اخرى يضمن لان الاتلاف حصل بفعله
ولو قال دفعت الى الجار او الى سفينة اخرى لا يصدق الا ببينة لانه يدعي اسقاط
الضمان عنه انتهى فان طلبها اي الوديعة ربها فحبسها اي لم يسلمها اليه وهو قادر
على تسليمها صار غاصبا لانه اذا طالبها فقد عزله عن الحفظ فاذا لم يردها
عليه فقد امسك مال الغير باذنه فيضمن وانما قيد بقوله وهو قادر على تسليمها
لان الطلب لو كان وقت الفتنة ولم يردها خوفا على نفسه او على ماله بان
كان مدفونا مع ماله لا يضمن كذا في الخانية وكذا لو طلبها صاحبها
وجحدها اي جحد المودع الوديع يعني جحده بحضرته اياها اي الوديعة فهلكت
بعده يضمن وان اقر بعده اي بعد الجحود لان المالك لما سأله عزله عن الحفظ
حين طالبها بالرد فهو بالامساك بعده غاصب فيضمن وان عاد الى الاقرار
لم يبرأ من الضمان لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يجدد
بخلاف جحدها عند غيره اي غير المودع يعني لو انكر عند غيره بان قال اجنبي اعندك
وديعة لفلان فقال لا ثم هلكت لا يضمن لان الجحود عند غيبة المالك من الحفظ
لانه يقطع طمع الطامعين عنها فلا يضمن بالهلاك بعده وعند زفر يضمن لان الجحود
سبب الضمان سواء كان عند مالكه او عند غيره وكذا لا يضمن لو جحدها عند صاحبها
من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة
خلافا لزفر ايضا كذا في العناية وان جحدها عند صاحبها ثم جاء بها فقال
دعها وديعة عندك فهلكت فان امكنه اخذها حين طالبها فلم ياخذها لم يضمن
لانه ايداع جديد كانه اخذها ثم اودعها وان لم يمكنه اخذها ضمن لانه لم يتم الرد
كذا في الاختيار يقول الفقير بقي صورته وهي ان اجنبيا قال للمودع بحضرة
المودع ما حال وديعة عندك او اعندك وديعة له فقال المودع لا وديعة له عندي
كيف يكون الحال والقياس ان لا يضمن كما في حال غيبته لانه يقطع طمع الطامعين
لكن لا ذكر لها في الكتب وان خلطها اي المودع الوديعة بماله بحيث لا يتميز فان
خلطها بجنسها كخلط الحنطة بالحنطة في غير المائع او خلط اللبن باللبن في المائع
ضمن وانقطع حق المالك عنها في المائع وغيره عند الامام ينبغي ان يكون [illegible]
مطلقا لا سبيل لصاحبها الا تضمين المودع وصار المخلوط ملكا للخالط سواء كان
مائعا وغير مائع لانه استهلاك من كل وجه لان بعده يتعذر على المالك الوصول الى
عين ماله حقيقة وليس الاستهلاك الا هذا الا اعدام المحل لا يتصور منا واما القسمة فليست
من حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة واذا كانت القسمة
على الشركة وحكما لها فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة

وعندهما

وعندهما في غير المائع للمالك ان يشركه ان شاء لان هذا الخلط استهلاك
من وجه دون وجه لان بعد هذا الخلط وان تعذر على المالك الوصول الى عين ماله
حقيقة لم يتعذر حكما بالقسمة والقسمة فيما يكال او يوزن افراز وتعيين الاجزاء
بملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصة نفسه بلا رضاه وقضاء واذا كان
استهلاكا من وجه دون وجه فان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه مثله وان شاء
مال الى جانب القيام وشاركه في المخلوط وكذا في المائع للمالك ان يشركه عند محمد
سواء كان الخلط بالقليل او بالكثير لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وعند ابي يوسف
يصير الاقل تابعا للاكثر فيه يعني يصير المخلوط لصاحب الاكثر ويضمن لصاحب الاقل
اعتبارا بالغالب قال صاحب التسهيل ما حاصله ان صيرورة الاقل تابعا
للكثير في المائع رواية عن ابي يوسف وفي المشهور انه مع محمد في كون مذهبه الشركة
فكان المناسب ان يقال ومع ابي يوسف دون ان يقال عند ابي يوسف تتبع
وان خلط بغير جنسها كبر بشعير في غير المائع وزيت بشيرج في المائع ضمن وانقطع
حق المالك اجماعا اما الاول فلانه لا يصل الى المالك عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر
ولان الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير وكذا الشعير لا يخلو عن حبات
الحنطة غالبا فتعذر التمييز حقيقة وحكما ايضا بالقسمة لاختلاف الجنس لان
القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط
بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عندنا
وفي الاستحسان لا يصير لامكان التمييز كذا في الكافي واما الثاني فلان هذا الخلط
استهلاك حقيقة لانه اعجز المالك عن الانتفاع بعين حقه وكذا حكما لتعذر
القسمة باختلاف الجنس وحاصل المحل ان الخلط على اربعة اوجه خلط بطريق المجاورة
مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز
وهو لا يقطع حق المالك بالاجماع لتمكن المالك من الوصول الى عين حقه بلا حرج وخلط
بطريق المجاورة مع تعسر التميز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك
ويوجب الضمان وخلط الجنس بخلاف الجنس ممازجة كخلط الخل بالزيت وكل
مائع بغير جنسه وهو يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وخلط الجنس بالجنس
ممازجة او مجاورة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز او اللبن باللبن او الحنطة
بالحنطة او الشعير بالشعير او الدراهم البيض بالدراهم البيض والسود بالسود فهو على
الخلاف المذكور وان اختلطت الوديعة بمال المودع بلا صنعه اشتركا اي المودع
والمودع اجماعا كما اذا انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه لعدم الصنع
الموجب للضمان منه فيشتركان بالاتفاق وهذه شركة اختلاط حتى لو هلكت بعضها
هلك من مالهما ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل منهما وان تعدى المودع
فيها اي في الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه او دابة فركبها
او عبدا فاستخدمه فهلكت ضمن لانه استهلاك معنى وهو موجب للضمان
فان ازال التعدي زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا لان الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت
الضمان انتفى المنافي الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر
باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة
وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الخيانة
والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته ما دام مخالفا فيه
فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وهو الحفظ المذكور بخلاف
المستعير والمستاجر يعني ان المستعير والمستاجر اذا تعديا بان استعار دابة للحمل فركبها

وكذا لو استاجر دابة الى موضع وجاوز عنه ثم ازال التعدي لم يبرأ من الضمان
خلافا لزفر اعتبارا بالوديعة ولنا ان البراءة انما تكون بالاعادة الى يد المالك
حقيقة او تقديرا ويد المستاجر والمستعير يده لنفسه فانه يستوفي المنافع المملوكة له
من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملا لنفسه لا للمعير فلا يبرأ عن الضمان
وكذا لو اودعها اي الوديعة ثم استردها زال الضمان لما مر وان انفق بعضها
فهلك الباقي ضمن قدر ما انفق فقط ولا يضمن كلها وعند مالك والشافعي
يصير ضامنا للكل لانه بانفاق بعضها زالت الامانة الى الخيانة فيجب غرامة الكل
ولنا ان الضمان يجب بقدر الخيانة وقد خان في البعض دون البعض
وان رد مثله اي مثل ما انفق وخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه صار مستهلكا
للكل بالخلط وهذا لان ما انفق صار دينا في ذمته وهو لا يتفرد بقضاء الدين
بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه
نعم يد المودع كيده لكن فيما فوض اليه وهو الحفظ لا الخلط يقول الفقير
ينبغي ان يكون هنا قول ابح واما عندهما فينبغي ان يتخير بين التضمين والشركة
لانه خلط بجنسه على ما مر تدبر وان اخذ لينفق ثم بدا له فرده الى موضعه فهلكت
لا ضمان عليه لان اخذه لا ينافي الحفظ ومجرد النية لا يصير ضامنا كما لو نوى
ان يغصب مال انسان ولم يفعل ولو تصرف فيها اي في الوديعة فربح يتصدق به
اي بالربح عند ابح وعند ابي يوسف يطيب الربح له اذا ادى الضمان ان سلم
عينها او باعها ثم اشتراها ودفعها الى مالكها لان شرط طيب الربح
عنده الضمان لا غير وقد وجد بالتصرف فيها فيكون هذا ربح ملكه فيطيب له
ولهما انها انما تصير ملكا له باداء الضمان مستندا الى وقت وجوبه والمستند
ثابت من وجه دون وجه فيكون الربح حاصلا من ملك ثابت من وجه فيتصدق بخبثه
وان اودع اثنان من واحد شيئا لا يدفع الواحد المودع الى احدهما حصته
بغيبة الاخر عند ابح ولو دفع ضمن نصفه خلافا لهما يعني قالا يدفع الى
نصيبه ولا يضمن لكن من المشايخ من قال الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال
وفيما هو من ذوات القيم سواء والصحيح ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال
كالمكيلات والموزونات وفيما عداهما من الثياب والدواب والعبيد ليس
للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاجماع يقول الفقير ليت شعري ما يفعل
من قال ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات القيم سواء في رجلين
اودعا عند رجل عبدا واحدا او دابة واحدة كيف يتصور ان ياخذ احدهما نصيبه
بغير حضرة صاحبه فانه ظاهر الاستحالة تدبر ولهذا كان الصحيح كون الاختلاف
فيما هو من ذوات الامثال فقط دون ما هو من ذوات القيم لهما ان كل واحد
من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغيبة الاخر كالشريكين في الدين
اذا حضر احدهما كان له ان يطالب المديون بنصيبه ويقبض نصيبه وهذا لان الحاضر طلب
منه تسليم نصيبه فلزم على المديون تسليمه ولهذا لو كان له ان يتفرد باخذ نصيبه مع قيمته
متى ظفر بالمال في المواضع كان فكذا للمودع ان يدفع اليه نصيبه ولابي حنيفة ما روي
عن علي رضي الله عنه ولانه لو دفع شيئا الى الحاضر فاما ان يكون المدفوع من نصيبهما او من نصيب
الحاضر خاصة لا وجه للثاني لانه لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغائب
في القسمة ولهذا لا يصح دفعه قسمة بالاجماع ولا وجه للاول لان المودع يصير متعديا في
مال الغير بغير اذنه وانه لا يجوز وهذا بخلاف الدين المشترك لان المديون انما يقضي
الدين من ملك نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فدفع نصيب الحاضر
في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب واما المودع فيدفع مال الغير

الا يرى

الا يرى ان الرجل اذا غاب وله عند انسان وديعة ودين فجاء رجل وقال ان فلانا
وكلني بقبض ما له عليك من الدين فصدقه امر بتسليم الدين دون الوديعة وفيه حكاية
عن ابي حنيفة رحمه الله وهي ان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي كيسا من الدنانير
فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الكيس من الحمامي وذهب ثم خرج الاخر وطلب الكيس
فقال اخذه صاحبك فتعلق به وطالبه فتحير الحمامي وذهب الى ابي حنيفة ليسأل
عن هذا الامر فقال له ابح قل له كلاكما اودعتماني فلا اعطيك حتى يحضر صاحبك
فانقطع دعواه وتخلص الحمامي وان اودع واحد عند اثنين ما يقسم اي ما يمكن قسمته
اقتسماه وحفظ كل من المودعين حصته لان المالك رضي بحفظهما واجتماعهما
على حفظ الكل متعذر فيعتبران بالقسمة لان المالك لما اودعهما مع علمه بانهما لا
يقدران على ان يتركا جميع اشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ فقد صار
راضيا بقسمتهما وحفظ كل منهما بالنصف دلالة والثابت دلالة
كالثابت نصا فان دفع احدهما كله الى الاخر ضمن الدافع عند ابح
لان المالك رضي بحفظهما لا بحفظ احدهما كله لا يضمن القابض لان مودع المودع
لا يضمن عنده وعندهما لكل واحد منهما حفظ الكل اي كل الوديعة باذن الاخر
لان المالك رضي بامانتهما فيهما فاذا دفع احدهما اليه كان المالك راضيا
بثبوت يده عليه وحفظه له كما فيما لا يحتمل القسمة وعن هذا قال
وان كان ما اودع عند اثنين مما لا يقسم اي مما لا يمكن قسمته كالعبد والدابة
او مما يتعيب بالقسمة كالثوب حفظ احدهما باذن الاخر اجماعا لان المالك
لما اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان على حفظ آناء الليل والنهار وامكن ان يحفظ
كل منهما باذن الاخر فقد صار راضيا بحفظ كل منهما للكل
وان نهى المودع عن دفعها اي الوديعة الى عياله فدفع الى من له منه بد من عياله
بان امكن حفظها بنفسه ضمن لانه متعد وان دفعها الى من لا بد له منه كدفع
الدابة الى عبده وكدفع شيء يحفظ النساء الى زوجته لا يضمن
لانه لا يفيد نهيه لانه عاجز عن حفظها ويصير كانه قال لا تحفظها لانه اذا
لم يمكنه الحفظ دونه صار النهي عن الدفع اليه كالنهي عن حفظها فيصير
متناقضا ولو قال لا تدفع الوديعة الى فلان من عيالك ولم يكن له عيال سواه لم يصح
نهيه لانه لا بد له من الدفع اليه وان كان له عيال غيره فدفع الى من نهي عن دفعها
اليه ضمن كذا في ابن ملك نقلا عن المحيط وان امر المودع بحفظها اي الوديعة في بيت
معين من دار فحفظها في غيره اي في غير ذلك البيت منها من الدار لا يضمن
لان البيتين من دار واحدة قلما يختلفان في الحرز فالمتمكن من الاخذ من احد
البيتين يكون متمكنا من الاخذ من البيت الاخر فصار الشرط غير مفيد فلا يعتبر
كما لو قال احفظها بيمينك دون يسارك الا اذا كان فيما في
البيت الثاني خلل ظاهر بان لا يكون له باب او كان لكن فتح يسيرا او غير ذلك
وان امر بحفظها في دار فحفظ في غيرها اي في غير تلك الدار ضمن لان الدور
تختلف في الحرز فكان الشرط مفيدا ولو اودع المودع غيره فهلكت الوديعة
ضمن المودع الاول فقط عند ابح رحمه الله وعندهما ضمن ايا شاء
لان الاول جان بالتسليم الى غيره بغير اذن المالك والثاني متعد بالقبض
بغير اذن المالك ايضا فللمالك ان يضمن ايا شاء كغاصب الغاصب في موضع الغا
والمشتري من الغاصب وله ان المال وصل الى الثاني من يد امين فلا يضمن
كما لو فعله باذن صاحب المال وهذا لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع
ما لم يفارقه لان الحفظ لا يفوت ما دام في مجلسه فلا تعدي منهما ما دام لم يفارقا

فاذا فارقه الاول الثاني انما يضمن الاول بالتضييع بترك الحفظ الملتزم بالعقد حين فارقه واما الثاني فانه ترك الحفظ بعد الافتراق بل هو امين استمر على حاله الاول ولم يفوت حفظا التزمه بعقد ولم يوجد منه صنع بفعل يجب به الضمان فلا يضمن فصار هنا في حق كثوب هبت الريح فالقته في حجره فاذا هلكت من غير صنعه لا يضمن

يقول الفقير ينبغي ان يحفظ قول الامامين بما اذا علم المودع الثاني ان ما اودعه الاول عنده وديعة لاحد عنده على ما يقتضيه دليلهما فانه اذا لم يعلم انه وديعة عنده لا يعتقد منهما القائلة والثاني متعد بالقبض بغير اذن المالك فتدبر

فان ضمن الثاني رجع على الاول لانه في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما ضمن بسببه على انه انما لحقه ذلك بسببه لا بالعكس يعني ان ضمن الاول لا يرجع على الثاني لانه بالضمان ملكه فتبين انه اودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع

ولو اودع الغاصب المغصوب عند غيره ضمن المغصوب منه ايا شاء من الغاصب ومودع الغاصب اجماعا اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فلان مودع الغاصب لم ياخذه من امين بل من ضمين فلا يكون مثل مودع المودع ثم ان مودع الغاصب اذا ضمن ان لم يعلم انه غاصب رجع بما ضمن على الغاصب قولا واحدا وان علم لم يكن له ذلك في الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة كذا في النهاية

ولو اودع عند عبد شيئا فاتلفه ضمن بعد عتقه عند ابي حنيفة ومحمد وان اودع عند صبي فاتلفه فلا ضمان اصلا لا في الحال ولا بعد البلوغ عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يضمنان للحال قال ابن الملك في شرح مجمع البحرين والمراد بهما المحجوران لانهما لو كانا ماذونين باخذهما الوديعة يضمنان للحال اتفاقا وقيدنا الماذون باخذ الوديعة لان الماذون له في التجارة ليس بماذون في اخذ الوديعة لانه ليس من التجارة وقيد بكونهما مودعين لانهما لو اتلفا ما اودع عند الاب والكبير يضمنانه اتفاقا وقيد باتلافهما لان الوديعة لو تلفت في ايديهما لا يضمنان اتفاقا وفي المبسوط لو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي يضمن اتفاقا

وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة وفي الحقائق العبد يشتمل المدبر وام الولد والمكاتب فيضمن في الحال لابي يوسف انهما محجوران في الاقوال فقط ولهذا لو استهلكا عينا قبل الايداع يضمنان ولهما ان المالك استحفظ من ليس باهل لالتزام الحفظ اما الصبي فلم يصح التزامه اصلا فصار المالك كانه اذن باتلافه واما العبد فالتزامه يصح في حق المولى نظرا له فلا يضمن في الحال وصح في حق نفسه لكونه مكلفا فيضمن بعد العتق

وان دفع العبد الوديعة الى مثله فهلكت عند الثاني ضمن العبد الاول بعد العتق عند ابي حنيفة لانه سلطه على اتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل شرط الضمان في حق المولى ولا يضمن الثاني لانه مودع المودع لا يضمن عنده

وعند ابي يوسف ضمن ايهما شاء للحال لان المحجور المودع يضمن بالاتلاف عنده ودفعه الى غيره بغير اذن المالك اتلاف وكذا قبض الثاني بغير الاذن سبب الضمان

يقول الفقير وفيه ما ذكرنا من دليل الامامين فيما سبق فتفطن

وكذا عند محمد لكن ان ضمن المالك العبد الاول فبعد العتق لانه مع ابي حنيفة في ايداع العبد المحجور وان ضمن الثاني فللحال لان ضمانه ضمان فعل لقبضه ملك غيره بغير اذنه فلزمه في الحال وفي رواية عن محمد ان الثاني يضمن بعد العتق ايضا لانه لو ضمن في الحال لكان له ان يرجع على الاول لانه استعمله ولزم منه تضمين المودع المحجور قبل وهو لا يقول به واختار صاحب الكافي هذه الرواية قال ابن الملك وفي الحقائق محل الخلاف ما اذا دفع العبد الاول الى الثاني فانه لو اخذ الثاني بقبضه فتبعه وديعة وضاع ليس للمالك ان يضمن الاول قبل العتق اتفاقا

ومن مسائل

ومن مسائل فادعى كل من اثنين ايداعه اي ايداع الالف عنده فنكل اي ان يحلف لهما فهي اي الالف لهما وضمن لهما مثلها اي الفا اخرى لانه صحت دعوى كل واحد منهما فتوجهت اليمين لهما وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاها بانفراده والمسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لكل او يحلف للاول وينكل للثاني او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لكل واحد منهما فلا شئ لهما وان حلف للاول ونكل للثاني فالالف له لبذله او اقراره وعليه الف بينهما لان نكوله اوجب لكل واحد منهما كل الالف كان ليس معه غيره فاذا صرف اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى هذا ونصف هذا الى هذا فيغرم ذلك

وينبغي للقاضي انه لا يقضي بالنكول للاول حتى يحلف للثاني ليظهر له وجه الحكم وهذا بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يقضي بالالف للمقر له لان الاقرار حجة موجبة بنفسه لا يتوقف على القضاء بخلاف النكول فانما يصير حجة بالقضاء بانزاله مقرا وباذلا فحين نكل للاول لم يثبت له الحق فلا يقضي له فلو قضى القاضي للاول حين نكل مع انه ليس كذلك لا ينفذ قضاؤه حتى لو حلفه للثاني بعده فنكل يكون الالف بينهما ويغرم الف اخرى بينهما لان تقديم اليمين لاحدهما اما ان يقع باختيار القاضي لان للقاضي ان يبدا بايهما شاء لتعذر الجمع بينهما وعدم الرجحان لاحدهما او بالقرعة تطبيبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل وكل واحد منهما لا يصلح لابطال حق او ايجاب حق فلم يكن القضاء للاول مبطلا لحق الثاني ووضع الخصاف المسئلة في العبد وقال لو قضى بنكوله للاول نفذ قضاؤه لان القضاء وقع في محل الاجتهاد فان من العلماء من قال بان المدعى عليه متى نكل لاحدهما فالقاضي يقضي للاول ولا ينتظر تحليفه للثاني لان النكول اقرار ثم لا يحلف للثاني لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول كذا في الكافي وفيه تفصيل ما في هذا المحل ان شئت فراجعه

كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب بما قبله فلا نعيد وهي بتشديد الياء اذ هي بالنسبة وتخفيفها وجوها الاول انها نسبة الى العار اذ طلبها عار وعيب وعليه الجوهري على ما صرح به في الصحاح والثاني وعليه صاحب المغرب انها فعلية نسبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار بمعنى العيب خطا هذا كلام المغرب والثالث وعليه شمس الائمة السرخسي على ما صرح به في مبسوطه انها نسبة الى التعاور ماخوذة منه وهو التناوب وكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا اذ لا انتفاع بها الا باستهلاك العين فنوبة الانتفاع بها انما هي في مثلها كذا في كتاب الحدود والاحكام للمولى الفاضل الشهير بمصنفك وهي اي العارية بمعنى الاعارة في الشريعة لا العارية التي هي اسم لما اعير والالام يصح حمل التمليك عليه تمليك منفعة بلا بدل والمنافع وان كانت اعراضا لا تبقى لها الا ان الشرع جعلها كالجواهر فجعلها باقية للتمليك والتملك دفعا لحاجة الناس اذ الناس محتاجون الى نوع التمليك تمليك العين وتمليك المنفعة وقد ندب الشرع اليه قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى في عون مسلم ما دام المسلم في عون اخيه على ان الله تعالى قد انكر على قوم يمنعونها وقال ويمنعون الماعون ان العواري من القدور والفاس ونحو ذلك مما يعار وينتفع به ثم يرد الى صاحبه عادة فيكون ثبوت شرعيتها بهذه الآية

وورد في السنة بها لانه استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان
وانعقد الاجماع على جوازه قال صاحب العناية وعرفها الكرخي بانها اباحة
الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط
فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيها ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها
اباحة اما الاول فلان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان التمليك
يقتضي ان يكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة
وهو ليس بشرط فكان تمليكا بالمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النهي
عن الاستعمال ويبطل الاعارة بالنهي عنه ولو كان تمليكا لما ملكه كالآجر لا يملك
نهي المستاجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستاجر يجوز ان يوجر المستاجر
لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز ذلك كما في الاجارة والهبة.
وقال عامة العلماء انها تنبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية وهي
انما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة داري هذه
شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك وما ذكره الكرخي من انها تنعقد بلفظ
الاباحة فمحمول على المجاز كما ان الاجارة تنعقد ايضا بلفظ الاباحة ولا نزاع
في كونها تمليكا وقوله ومع الجهالة لا يصح التمليك يجاب عنه بان الجهالة
المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم لان للمعير ان
يفسخ العقد في كل ساعة شاء وقوله والنهي يعمل فيها ولو كان تمليكا لا يعمل
يجاب عنه بان عمل النهي فيها ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث
انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد اذ التملك بالانتفاع
وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع في اي وقت شاء كما في الهبة.
وقوله ولا يملك الاجارة من غيره يجاب عنه بانه لو نفع زيادة الضرر لا لعدم التملك
انتهى ما ذكره صاحب العناية. لكن الحمت في اثنائه بعض ما ذكره صاحب الكافي
لزيادة التوضيح لانه وقع في هذا المقام كالشرح له ولا تكون العارية
الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه اعلم ان الاعارة نوعان حقيقة ومجاز فالحقيقة
اعارة الاعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والدار والعبد والدابة
والمجاز اعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه كالدراهم والدنانير
وغيرهما من المكيلات والموزونات فتكون اعارة صورة وقرضا معنى وعن هذا قال
واعارة المكيل والموزون والمعدود المتقارب قرض يعني اعارة الفقير
الظاهر فاعارة المكيل للبقاء ليكون تفريعا لما قبله تدبر وانما كان قرضا لان الاعارة
تمليك ولا ينتفع به الا باستهلاك عينها ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها
فاقتضت اعارتها تمليك عينها ضرورة بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما
لكونه موجبا لرد المثل فحمل عليه الا ان عين انتفاعا يمكن رد العين بعد
اي بعد الانتفاع كما اذا اعارها ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانه ونحو ذلك
من الانتفاعات فتصير عارية حقيقة ليس له استهلاك عينها ويكون نظير
عارية الحلي والسيف ونحوهما وتصح العارية باعرتك لانه صريح فيها وبمنحتك
هذا اذا لم يرد به الهبة فان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادتها يحمل على
تمليك المنافع واصله ان يعطي ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يرد لكن كثر استعماله
في تمليك العين فاذا اريد الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه
واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يطعم كالارض يراد به اكل غلتها اطلاقا
لاسم المحل على الحال وحملتك على هذا الدابة اذا لم يرد به الهبة فان هذا اللفظ يستعمل
عرفا في الهبة كما في قولهم حمل الامير فلانا على الفرس يراد به التمليك ومعناه انه هو الاركاب

وهو يستعمل فيه ايضا. فاذا نوى احدهما صحت نيته حمل على الادنى للتحقق ولا يلزم الاعلى
بالشك وفي هذا المحل بحث الكافي اعتراض على الهداية من وجهين وجواب الاعتراض
ان شئت فراجعهما واخدمتك عبدي فانه اذن له في الاستخدام اذا لم يرد
بذلك الهبة قيد للجميع ما عدا اعرتك فانه صريح في الاعارة وداري لك سكنى
او داري لك عمري سكنى فان لفظ سكنى محكم في ارادة النفع فيصرف اللام
في قوله عن افادة الملك فكانه قال سكناها لك والعمري اسم يقال اعمره الدار اي
قال له هي لك مدة عمرك والعمري اسم منه فيصير معناه جعلت سكناها لك مدة عمرك
وللمعير الرجوع فيها اي في العارية متى شاء لقوله صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة
والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا وثبوت الملك فيها بحسب حدوثها
فالرجوع بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث يكون امتناعا عن التمليك وله ولاية
الامتناع ولو هلكت الوديعة بلا تعد فلا ضمان سواء هلكت من استعماله وهو
قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم وقال الشافعي ان هلكت من الاستعمال
المعتاد لم يضمن وان هلكت لا في الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وابي هريرة رضي
عن النبي صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ولانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم
فكانت مضمونة عليه كالمقبوض على سوم الشراء والمستقرض والاذن ثبت ضرورة الانتفاع
فلا يظهر فيما وراءه بخلاف الوديعة لانه ما قبض لنفسه بل لمنفعة المالك وهو الحفظ
وبخلاف المستاجر لان قبضه مستحق ولهذا يجبر الموجر على تسليم الدار وبعد ما سلم
لا يملك الاسترداد حتى تنقضي مدة الاجارة وبخلاف الموصى له بخدمة العبد فان العبد
لا يصير مضمونا عليه وان قبضه لنفسه لان قبضه مستحق ولهذا يجبر الورثة
على تسليم العبد اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان
وان هلكت بتعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعمالها استعمالا لا يستعمل مثلها
من الدواب وجب الضمان بالاجماع ولا يوجر العارية ولا يرهن كالوديعة
لان الاعارة دون الاجارة والرهن والشيء لا يتضمن ما فوقه فان اجرها اي
المستعير العارية فتلفت ضمن ايهما شاء ويعني ان شاء المعير ضمن المستعير الموجر
وان شاء ضمن المستاجر اما تضمين المستعير الموجر فلان العارية اذا لم تتناول
الاجارة كان التسليم اليه غصبا واما تضمين المستاجر فلانه قبض مال الغير
لنفسه بغير اذنه فان ضمن الموجر لا يرجع على احد لانه بالضمان تبين انه آجر
ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الموجر ان لم يعلم انه كان عارية في يده
دفعا لضرر الغرور عن نفسه وان علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد
الغرور. وله اي للمستعير ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة
والاستخدام والسكنى والزراعة سواء عين منتفعا او لا وقال الشافعي
ليس له ان يعيره لانها اباحة المنافع عنده والمباح له لا يملك الاباحة ونحن
نقول انها تمليك المنافع على ما مر فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة جاز له
لتملكه للمنفعة. لا ما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب ان عين منتفعا
لان تعيينه مفيد وان لم يعين منتفعا جاز ان يعير ايضا اي كما جاز ان
يعير ما لا يختلف باختلاف الاستعمال لانه يكون الاعارة مطلقة ما لم يتعين
المنتفع بفعل المستعير. فان تعين المنتفع بفعله لا يجوز ان يعيره ثم فرع عليه
فلو ركب هو اي المستعير او لبس له ان يركب غيره لان تعين بفعله ركوبه وان اركب
المستعير غيره ليس له ان يركب هو حتى لو ركب ضمن لان في الاول تعين الركوب
وفي الثانية تعين الاركاب وتعيين المستعير كتعيين المالك ولو عينه المالك يضمن بالخلاف
فكذا في تعيين المستعير وهذا اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان يركب بعد الاركاب

وان قيدت الاعارة بنوع من الانتفاع كالحمل عليها مثلا او وقت او قيدت بهما اي بالنوع والوقت جميعا ضمن بالخلاف الى شر فقط لا بالخلاف الى خير او مثل وتصوير المسائل ظاهر لا يحتاج الى البيان وان اطلق فيهما اي في النوع والوقت فله اي للمستعير الانتفاع باي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وحاصل المحل ان هذه المسئلة على وجهين احدهما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل ففي هذا الوجه له ان يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فان الناس يتفاوتون في اللبس والركوب لان لبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس العطار والبزاز وركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ لكن انما يملك المستعير الاعارة من غيره اذا لم يلبس المستعير ولم يركب الدابة بنفسه فان لبس بنفسه او ركب بنفسه فاراد ان يعير من غيره او البس غيره او اركب غيره اولا ثم اراد ان يركب بنفسه او يلبس بنفسه اختلفوا فيه والصحيح انه لا يملك ذلك ولو فعل ضمن وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه او يركب بنفسه او ليحمل بنفسه فله ان يعير غيره فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع كاللبس والركوب هنا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في انتفاع المستعير بالمستعار فهو على اربعة اوجه احدها ان تكون الاعارة مطلقة في حق الوقت والانتفاع فللمستعير ان ينتفع باي نوع شاء في اي وقت شاء عملا باطلاق اللفظ وثانيها ان تكون مقيدة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة فليس له ان يعدو ذلك عملا بالتقييد الا ان يكون خلافا الى خير او مثل المسمى فالحنطة مثل الحنطة والحنطة خير من الحديد وثالثها ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع ورابعها عكسه ففي هذين الوجهين يجري ما اطلق على اطلاقه وما قيد على تقييده كذا في الكافي وتصح اعارة الارض للبناء والغرس اي غرس الاشجار لانهما منفعتان معلومتان تملكان بالاجارة فكذا بالاعارة بل اولى لانها تبرع وله اي للمستعير ان يرجع متى شاء لان العارية لا تلزم لانه تبرع فله ان يرجع ويكلفه اي المعير المستعير قلعهما اي قلع البناء والغرس لانه شغل ارض المعير بهما فيؤمر بتفريغها عنهما ولا يضمن المعير شيئا من الغرس والبناء ان لم يوقت العارية لان الضرر الذي يلحق المستعير انما يلحقه لمعنى من قبله حيث غرس او بنى في محل كان يعلم حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا له ولكن المستعير صار مغترا بنفسه حيث ظن بمطلق العقد ان يتركها في يده مدة طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان وقت المعير العارية ورجع قبله اي قبل الوقت كره له ذلك لان فيه خلف الوعد وهو من علامات النفاق وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع للمستعير فينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص قيمتهما يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة المقلوع دينارين يرجع بثمانية وقال زفر لا يضمن لان التوقيت والاطلاق فيهما سواء لبطلان التاجيل في العواري ولنا ان المعير بالتوقيت يصير غارا للمستعير لانه نص على تركها في يده الى وقت [illegible] او غرسها فيها في المدة التي يبني المستعير او يغرس بناء على وعد سابق من المعير فاذا لم يف بذلك صار غارا وللمغرور ان يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار

فان قيل

فان قيل الغرور بما شرع عقد الضمان سبب للرجوع الا يرى انه لو استحق الموهوب بعد هلاكه وضمن الموهوب له لا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت قلنا كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية فعلم ان فائدة التزام قيمة البناء او الغرس ان اراد اخراجه قبله وكانه صار كفيلا قائلا له ابن في هذه الارض لنفسك على ان اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانا ضامن لك ما تنفق في بنائك وقيل يضمن المعير قيمة البناء او الغرس ذكره الحاكم الشهيد ويتملكه اي المعير البناء او الغرس الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لان البناء او الغرس ملكه وانما اوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو اولى بملكه وللمستعير قلع البناء او الغرس بلا تضمين ان لم تنقص الارض به كثيرا وعند ذلك اي عند نقصان الارض كثيرا بالقلع الخيار للمالك بين ضمان نقصانها وضمان قيمتها لا للمستعير لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل قال صاحب العناية معنى هذا الكلام ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر واما اذا لحق فالخيار في الابتداء بالقيمة مقلوعا وتكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز ان يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه ان المستعير انما يمكن من القلع وترك الضمان اذا لم يتضرر الارض بالقلع واما اذا تضرر فالخيار لرب الارض وهو الاظهر انتهى يقول الفقير لكن تعلقه بالاول فيما ذكره الحاكم الشهيد [illegible] وان اعارها اي الارض للزرع لا تؤخذ منه اي من المستعير حتى يحصد الزرع بل تترك في يده بطريق الاجارة باجر المثل وقت المعير ام لا لان للزرع نهاية معلومة فكان في الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة ارضه مجانا ولا يفوت ايضا زرع الاخر بخلاف البناء والغرس لانه ليس لهما نهاية معلومة فيقلعان دفعا للضرر عن المالك واجرة رد المستعار والمستاجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب ولا يخفى ما فيه من صنعة اللف والنشر المرتب والاصل في ذلك ان مؤنة الرد على من وقع القبض له لان الخراج بالضمان فاذا ثبت هذا يتضح لك وجه هذه المسائل اما الاولى فلان المستعير قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه والاجر مؤنة الرد فيكون على المستعير واما الثانية فلان المنفعة تحصلت للموجر معنى حيث سلم له الاجرة والرد غير واجب على المستاجر انما الواجب عليه التمكين والتخلية واما الثالثة فلان منفعة قبض المودع للمودع ولا شيء يحصل للمودع حتى يكون مؤنة الرد عليه واما الرابعة فلان الرد واجب عليه لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد فيكون مؤنة الرد واجبة عليه واما الخامسة فلان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فيكون مؤنة الرد عليه واذا رد المستعير الدابة المستعارة الى اصطبل ربها اي صاحب الدابة او رد العبد المستعار او الثوب المستعار الى دار مالكه برئ عن الضمان استحسانا والقياس ان يضمن لانه لم يرد العارية الى مالكها ولا الى وكيل مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العارية الى المربط او الى دار المالك وهما في يد المالك حكما فكانه ردها الى يد مالكها حكما وهذا لان رد العواري الى دار الملاك متعارف والناس يحفظون دوابهم بالمرابط ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط

بخلاف الغصب والوديعة فانه لو رد المغصوب او الوديعة الى دار مالكهما لم يسلمها اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذا بالرد الى مالكه دون غيره والوديعة ترد الى المالك لا الى الدار ولا الى يد من في عياله عرفا لانه لو رضي بذلك لما اودعها اياه والعواري ترد الى دار المالك عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لانه لا عرف فيه وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ لانه لا يتهيأ له الرد بيد نفسه فكان له الرد بيد من في عياله كما للمودع حفظ الوديعة بيد من في عياله لهذا المعنى وانما قيد الاجير بالمشاهرة والمسانهة لانه لو رد مع اجيره مياومة لا يبرأ كما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى وكذا ان ردها مع اجير ربها اي رب العارية مشاهرة او مسانهة ايضا او مع عبده اي عبد رب العارية لان المالك راض به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها على اجيره او عبده يقوم حال من اجيره وعبده لا صفة لان الجملة نكرة هو على الدابة او لا يقوم عليها في الاصح لان الذي لا يقوم عليها قد يأخذها في بعض الاوقات وان كان لا يأخذها دائما وقال بعضهم هذا في العبد الذي يقوم على الدابات وقيل هذا في عرفهم اما في زماننا فلا يبرأ عن الكل الا بالتسليم الى المالك كذا في ابي الملك شرح مجمع البحرين بخلاف الاجنبي والاجير مياومة فانه اذا ردها مع الاجنبي او مع اجيره مياومة او اجير رب العارية كذلك لا يبرأ لعدم رضاء المالك قال صاحب الكافي وصاحب الهداية دلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع من الاجنبي قصدا لانه لما وضعها في يد اجنبي للرد يكون هذا ايداعا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي وقال مشايخ العراق ان المستعير يملك الايداع وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المنافع فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى فقالوا هذه المسئلة وقالوا موضع المسئلة فيما اذا كانت العارية موقتة وقد انتهت بانقضاء مدتها فح يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق فاذا اودع وفارق ضمن بالاتفاق كما تقدم وبخلاف رد شيء نفيس كعقد لؤلؤ الى دار مالكه فانه اذا رده المستعير الى داره ضامن لا يبرأ لان العادة لم تجر على ما ذكرنا آنفا ويكتب مستعير الارض للزراعة في صكه اذا اريد ذلك قد اطعمتني ارضك لا اعرتني عند ابي حنيفة خلافا لهما يعني اذا اعار ارضا ليزرعها يكتب المستعير انك اطعمتني ارضك الفلانية ولا يكتب اعرتني عند ابي ح فلا يكتب اعرتنيها لان الاعارة هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع اولى كما في الخصوصات كاعارة الثوب والدار فانه لا يكتب ثم البستني واسكنتني بل يكتب اعرتني وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانه يختص بالزراعة واعارة الارض تارة تكون للزراعة وتارة للبناء ونصب الفسطاط فكانت كتابة لفظ الاطعام اولى ليعلم ان غرضه الزراعة بخلاف اعارة الدار والثوب لان اعارتهما للسكنى واللبس فقط وهذا الغرض يكون معلوما بلفظ اعرتني

كتاب الهبة

قد ذكرنا وجه المناسبة فيما تقدم فلا نعيده ومن محاسنها جلب المحبة ثم اعلم ان الهبة ثبت مشروعيتها بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا اي طيبا سائغا ومعنى الاية على ما ذكر في التفسير فان وهبت المرأة لزوجها مهرها كلا او شيئا منه بطيب نفس بلا اكراه ولا رهبة ولا اقتداء من سوء العشرة فليأكل الزوج هنيئا من التبعة في الآخرة والمراد بالاكل الانتفاع بالاكل كان او غيره وخص الاكل بالذكر اذ هو المقصود الاعظم

وقال

وقال صاحب الكافي وثبت مشروعيتها بقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر هو الاول فان قوله او ردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية لان رد عين الكلام لا يتصور واما السنة فما روت عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا ابناءكم مجدا وروى الترمذي في جامعه مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر وفي كتاب الهبة من البخاري باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لو دعيت الى ذراع او كراع لاجبت ولو اهدي الي ذراع او كراع لقبلت وروى الترمذي في جامعه عن انس بن مالك رضي الله عنه انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو اهدي الي كراع لقبلت ولو دعيت اليه لاجبت وروت عائشة رضي الله عنها من اولي معروفا فليكافئ به فان لم يستطع فليذكره فان من ذكره فقد شكره وروى البخاري عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها واما الاجماع فظاهر واما المعقول فلان الهبة احسان الى الغير والاحسان مامور الله عز وجل قال الله تعالى ان الله يأمر بالعدل والاحسان وبالجملة الهبة لها معنى في اللغة ولها معنى في الشريعة ولها ركن ولها شرط لا جواز لها بدون هذه الشرط اما معناها في اللغة فهي اعطاء الشيء بلا عوض مالا كان او غير مال قال الله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور اطلق اسم الهبة على الولد مع انه ليس بمال لانه اعطاء الشيء بغير عوض وقال الله تعالى حكاية فهب لي من لدنك وليا يرثني قال صاحب المغرب الهبة هي التبرع بما ينفع الموهوب له يقال وهب له مالا وهبا وهبة وموهبة ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه وعلى ذا قوله وهبت نفسي منك وصوابه لك ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب انتهى واما معناها في الشريعة هي تمليك عين بلا عوض اي تمليك المال بلا عوض والمراد بالعين العين المملوكة وتمليك العين يستلزم تمليك المنفعة ولا ينفك عنه بخلاف تمليك المنفعة فانه لا يستلزم تمليك العين كما في العارية والتمليكات باسرها اربعة اقسام تمليك العين وتمليك المنفعة وكل منهما قسمان تمليك بعوض وتمليك بلا عوض فتمليك العين بعوض هو الذي يسمى بيعا وتمليك العين بلا عوض هو الذي يسمى هبة وتمليك المنفعة فقط بعوض هو الذي يسمى اجارة وتصح الهبة بايجاب وقبول وقد اختلف في ركنها فمنهم من يقول هو مجرد ايجاب الواهب ولهذا قال العلماء اذا حلف لا يهب ولم يقبل الموهوب له فانه يحنث في يمينه وقال آخرون لا بل ركنها الايجاب والقبول اذ الهبة عقد والعقد قائم بالعاقدين فلا يتحقق العقد بدون الايجاب والقبول وميل صاحب الوقاية الى الاول لانه قال ويصح بوهبت واما صاحب الهداية فميله تارة الى الثاني واخرى الى الاول كذا في كتاب الجرح والاحكام للمولى الشهير بمصنفك وقال صاحب الكافي وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول وانما يحنث لو حلف ان لا يهب ولم يقبل الموهوب له لانه انما منع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير واما شرطها فالقبض فلا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض وعن هذا قال وتتم الهبة بالقبض الكامل قال المولى خسرو قالوا وتتم الهبة بالقبض الكامل ومعنى تمامها بالقبض ان الهبة لا تفيد الملك للموهوب له قبل القبض اي لا يثبت ملكية الموهوب له قبل قبض الموهوب عندنا خلافا لمالك فانه يجعلها كالبيع تفيد الملك قبل القبض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة

ومعناه لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والمراد بالقبض
الكامل ان يكون المقبوض في كل قسم من اقسام الموهوب قبضاً بحيث يعد في العرف قبضاً
تاماً في ذلك النوع مثلاً القبض الكامل في المنقول ما يناسبه بحيث يعد ذلك القبض
منه قبضاً تاماً وفي العقار ما يناسبه كذلك فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل
فيما يحتمل القسمة القسمة وفيما لا يحتمل القسمة ما يناسبه ايضاً وفي فتاوى قاضيخان
رجل وهب داراً وسلم وفيها متاع الواهب لا يجوز لان الموهوب مشغول بالمتاع
فلا يصح التسليم ثم قال امرأة وهبت دارها من زوجها وهي ساكنة فيها وزوجها
ساكن في هذه الدار جازت الهبة ويصير الزوج قابضاً للدار لان المرأة ومتاعها
في يد الزوج فصح التسليم ثم قال ولو وهب لابنه الصغير ارضاً فيها زرع الاب
او وهب لابنه داراً والاب ساكن فيها لم يجز الهبة فان قبض الموهوب في المجلس
اي في مجلس الهبة بلا اذن من الواهب صح استحساناً وبعده اي بعد المجلس
لابد من الاذن بالقبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي
لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق
والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا وهو وجه الاستحسان ان القبض هنا
بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف على القبول
فكما ان الايجاب منه يكون تسليطاً على القبول فكذا يكون تسليطاً على القبض الذي
نزل منزلة القبول فكان الايجاب منه اذناً للقبض دلالة ولا كذلك القبض
بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط على القبض الحاقاً للقبض بالقبول حكماً
والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما نزل منزلته فان قيل يلزم على هذا ما اذا نهى عن القبض صريحاً
فان التسليط موجود لكن لم يجز القبض اجيب بانه اذا نهاه صريحاً لا تعمل
الدلالة بعده لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وفي العناية بحثان ههنا
مع جوابهما ان شئت فراجعه وتنعقد الهبة بوهبت لانه صريح فيها يقول
الفقير قال المص اولا تصح بايجاب وقبول فقال اولا الى ان ركن الهبة الايجاب
والقبول ثم قال وتنعقد بوهبت اه ومال ثانياً الى ان ركن الهبة الايجاب
فقط كما ان صاحب الهداية فعل كذلك اي مال الى الاول تارة والى الثاني تارة
على ما ذكره اكمل مصنفك في كتاب الحدود والاحكام ونحلت لانه
يستعمل للتمليك بغير عوض كما روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي غلاماً وانا ابن
سبع سنين فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فحملني ابي على عاتقه الى النبي عليه السلام واخبره بذلك فقال الك ولد سواه
فقال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا
فقال صلى الله عليه وسلم اني لا اشهد الا على حق وعن عائشة رضي الله عنها
ان ابا بكر رضي الله عنه نحلها ارضاً فلم تقبضها حتى حضره الموت فقال لها
انك لم تقبضيها انما هي للوارث واعطيت لانه يستعمل ايضاً للتمليك بغير عوض
يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واطعمتك هذا الطعام لان الاطعام اذا
اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بغير عوض وهو يكون بالهبة بخلاف ما
اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم على ما سبق
وكسوتك هذا الثوب لانه تمليك العين قال الله تعالى او كسوتهم والكفارة
لا تتادى الا بتمليك الثوب ويقال كسا الامير فلاناً ثوباً اي ملكه منه
واعمرتك هذا الشيء لقوله صلى الله عليه وسلم من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
بعده وجعلته لك عمرى لان اللام للتمليك فكانه قال ملكته لك مدة عمرك
ودار لك هبة تسكنها قوله دار ... وهبته ... الكل في ... اللام في لك للتمليك

وقوله هبة صريح فيها وقوله تسكنها لا ينافي الهبة بل مشعرة وتنبيه على المقصود اي وهبتك
الدار لتسكنها وهذا معلوم وان لم يذكره فلا يتغير حكم التمليك بمنزلة قوله
هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه وتصح الهبة بنيتها اي بنية الهبة
في حملتك على هذه الدابة لانه ليس بصريح فيها فيحتاج الى النية لانه قد يراد به الهبة
يقال حمل الامير فلاناً على الفرس يراد به التمليك وقد يراد به غيرها فيحتاج الى النية
واذا قال داري لك هبة سكنى قال قوله سكنى تمييز فيكون تفسيراً لما قبله فيكون عارية
لا هبة او داري لك سكنى هبة فان معناه داري لك بطريق السكنى حال كون السكنى
هبة فتكون عارية لا هبة ايضاً او داري لك نحلى سكنى فان قوله نحلى بضم النون
على وزن حبلى العطية اي داري لك حال كونه عطية من حيث السكنى على ان يكون سكنى
تمييزاً فيكون عارية ايضاً او داري لك سكنى صدقة فان معناه داري لك من حيث
السكنى حال كون السكنى صدقة فيكون عارية ايضاً او داري لك صدقة عارية اي
داري لك حال كونها صدقة بطريق العارية فيكون عارية تمييزاً تفسيراً لما قبله ويكون عارية
ايضاً او داري لك عارية هبة اي داري لك بطريق العارية حال كون منافعها هبة لك
فعارية اي فجميع هذه العبارات يكون عارية لا هبة لان هذه العبارات على ما فسرناها
تدل على العارية لا غير كما ترى وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة يعني لا يبقى منتفعاً به
بعد القسمة اصلاً كعبد واحد ودابة واحدة او لا يبقى منتفعاً بعد القسمة بجنس الانتفاع
الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير لا يصح هبة مشاع
اي مشاع يحتملها اي القسمة يعني يبقى منتفعاً به بعد القسمة كالارض والدار والثوب
المذروع ونحو ذلك وقال الشافعي تصح لان الهبة عقد تمليك فتصح في المشاع
كالبيع ولنا ان الخلفاء الراشدين شرطوا القسمة ولان شرطها وهو القبض
منصوص عليه فيراعى وجوده على اكمل الجهات كشرط استقبال القبلة في الصلاة
لما كان منصوصاً عليه يشترط الكمال فيه حتى لو استقبل الحطيم لا يجوز صلوته مع انه
من البيت بالسنة وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً
وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه
لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه
من وجه دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة
لان القسمة تجمع الاجزاء المتفرقة وما لم يجتمع لا تصير محوزة على الحقيقة في يده
الا بغيره وذلك غير موهوب فيمتنع تمام الحيازة لما هو له لان بالغير يحوز الملك
فاذا لم يتحقق الحيازة في حق ذلك الغير صارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة
فان قسم المشاع وسلم الموهوب الى الموهوب له صح عقد الهبة لان التمام بالقبض
والشيوع زال عند القبض ولو سلم شائعاً لا يملكه الموهوب له حتى لا ينفذ تصرفه
فيه فيكون مضموناً عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره قاضيخان في فتاواه
ولا تصح هبة دقيق في بر وهبة دهن في سمسم وسمن في لبن وان طحن البر
او استخرج الدهن من السمسم والسمن من اللبن وسلم الى الموهوب له لان الموهوب
في حكم المعدوم حالة العقد فلغا اضافة العقد اليه في هذه الحالة واذا
كان معدوماً حالة العقد لا ينعقد الا بتجديده وصرح ان الحنطة لما طحنت
تحولت وصارت دقيقاً وكذا غيرها وبعد التحول هو عين آخر على ما عرف في
الغصب بخلاف المشاع فانه محل للملك حتى يجوز بيعه ولكن لا يمكن تسليمه فاذا
زال المانع جاز ولا يحتاج الى التجديد وهبة لبن في ضرع وصوف على ظهر غنم ونخل وزرع
في ارض وتمر في نخل كهبة المشاع لان عدم الجواز لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب في ملك الواهب
مع امكان الفصل فاذا فصلت هذه الاشياء عن ملك الواهب وسلمت الى الموهوب له صح هبتها كما في المشاع

وقوله

وهبة شيء في يد الموهوب له تتم بلا تجديد قبض يعني اذا كانت العين الموهوبة
في يد الموهوب له وديعة او عارية ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبض
لان القبض في باب الهبة غير مضمون فيعتبر فيها اصل القبض واصل القبض موجود
هنا فناب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باع الوديعة ممن في يده لان البيع يقتضي
قبضا مضمونا وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى
تجديد القبض وهبة الاب لطفله تتم بالعقد اي بعقد الهبة ان كان الموهوب
في يد الاب لانه يكون ح في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة او في يد مودعه
لان يد المودع بمنزلة يد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا لولده باليد التي
هي قائمة مقام يده فان قيل قد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده
كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة فباعتبار
هذه الحيثية يجعل قابضا لنفسه وبه قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ
عاملا للمودع وذا قبل التمليك بالهبة واما بعد ذلك فهو عامل لنفسه هو
لا ان كان في يد غاصب يعني لو غصب عينا مثلا غاصب فوهب الاب لابنه الصغير وهو
في يد الغاصب لا تتم بمجرد العقد لانه ليس في يد الاب حقيقة وحكما لكونه
مضمونا والضمان انما يكون بتفويت اليد او في يد مبتاع بيعا فاسدا يعني
لو باع بيعا فاسدا وسلم ثم وهب لابنه الصغير لا يجوز لانه خرج من ملكه فيكون
واهبا لما لا يملكه فلا يجوز ولان اليد له حقيقة وحكما حيث كان في ضمان الغير
او في يد منتهب يقول الفقير هكذا في النسخ التي رايناها والظاهر ان معناه
لو وهب لاخر وسلم ثم وهب لابنه الصغير لا يجوز لكن هنا ظاهر لا يحتاج الى البيان
على انه غير موجود في الكتب المتداولة انما الموجود فيها المرتهن فالظن انه تحريف
من مرتهن يعني لو رهن لاخر ثم وهب لطفله لا تتم بمجرد العقد لانه ليس في يده حقيقة
وحكما لكونه مضمونا على المرتهن والضمان انما يكون بتفويت اليد او منتهب منه
يعني لو نهب رجل من يده ثم وهب المنهوب منه لابنه الصغير لا يجوز لتبدل حقيقة الحال
والعلم في الحقيقة للكبير المتعال جل عن الند والمثال والصدقة في ذلك
انه في جميع الاحكام كالهبة لانه تبرع الا انه لا رجوع فيها لان المقصود منها
الثواب وقد حصل وكذا الهبة للفقير لان المقصود ايضا الثواب وكذا
لو تصدق على غني لانه قد يطلب منه الثواب بان يعينه على النفقة لكثرة عياله
والام كالاب في ان هبتها لطفلها تتم بالعقد عند غيبة الاب غيبة
منقطعة او موته وعدم وصيه ان كان الطفل في عيالها لان للام
ولاية الحفظ اذا كان في حجرها لكن بشرط غيبة الاب غيبة منقطعة او موته
وعدم وصيه لانه عند حضور الاب لا يكون للام ذلك وان كان في حجرها
وكان لا يقدر على انتزاعه منها وكذا اذا كان له وصي لانه كالاب لقيامه مقامه
والمراد بالغيبة المنقطعة ما تقدم في باب الاولياء وكذا كل من يعول الطفل
اي كل من يعول الطفل من الاخ والعم والاجنبي تتم هبته للطفل بالعقد
قال صاحب النهاية اطلق جواز قبض من يعول الطفل ولكن ذكر في الايضاح
ومختصر الكرخي ان ولاية القبض له اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهو الاب ووصيه
والجد ابو الاب بعد الاب ووصيه واما مع وجود احد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال
القابض او لم يكن سواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس له ولاية التصرف في ماله
من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض لهم فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض كما الصبي على
لثبوت نوع ولاية له الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فعلم هنا ان [illegible] يطلق جواز قبض الهبة
لكونه من باب المنفعة انتهى وفي الهداية هنا كلام متعلق بما قاله صاحب النهاية ان شئت فراجعه

وفي النسخة التي رايناها بخط المتن

وهبة

وهبة الاجنبي له اي للطفل تتم بقبضه اي بقبض الطفل لو كان عاقلا يعقل
النفع والضر لان قبض الهبة نافع في حقه وهو من اهل مباشرة ما يمحض نفعا له
فان قيل عقل الصبي اما ان يكون معتبرا او لا فان كان الثاني وجب ان لا يصح قبضه
وان كان الاول وجب ان لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود اهليته لتوفرها ايضا
لانه ينفتح به باب اخر لتحصيلها فكان جائزا نظرا له ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد
بين النفع والضر صيانة لباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به
النظر في عواقب الامور فلا يتم الا بجبره براي الولي وتتم ايضا بقبض ابيه او جده
او وصي احدهما لان هؤلاء ولاية على اليتيم اما الاب فظاهر واما غيره من الجد
او وصيه او وصي الاب فلقيامهم مقام الاب او امه ان كان الطفل في حجرها
اي في كنفها وتربيتها لما تقدم ان لها الولاية بالشرط السابق او قبض
اجنبي يربيه اي الطفل لان له يدا معتبرة الا يرى ان اجنبيا اخر لا يتمكن من نزعه
من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه لكن بشرط ان لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة
او بقبض زوج الطفلة لها اي للطفلة ولو مع حضرة الاب بعد الزفاف لا قبله
يعني اذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه او لا فان كان الاول
جاز قبض زوجها لها سواء كان ابوها حاضرا او لا لان الاب قد فوض امورها
اليه حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها
وقبض الهبة من حفظ مالها وحضور الاب لا يمنع ذلك لانه يملك القبض
وان حضر الاب في الصحيح وقال بعضهم ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن
الاب حيا والصحيح هو الاول لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها لها
جاز وكذا لو قبضت بنفسها ان كانت تعقل وان كان الثاني لا يجوز
قبض الزوج لها لان اعتباره بالحكم انه يعولها وان له عليها يدا مستحقة
وهذا لا يتحقق قبل الزفاف قال صاحب العناية واطلق صاحب الهداية عن
كونها يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج لها وصح هبة اثنين لواحد دارا
اتفاقا لانتفاء الشيوع لانهما سلماها اليه جملة وهو قد قبضها جملة بناء
على تسليمها فلا شيوع فيه كهبة الواحد لان هبة الاثنين من اثنين يجوز اصلا
لا عكسه اي لا يصح هبة واحد لاثنين دارا عند ابي حنيفة رحمه الله لان الملك يثبت على الشيوع
في النصف لهذا وفي النصف لهذا والقبض لا يتحقق في المشاع وهذا
لانه لما ثبت ان الملك يحصل لهما شايعا ثبت ان التمليك وقع شايعا
اذ الملك حكم التمليك ومتى حكمنا بثبوت الملك في النصف لهذا وفي النصف لهذا
فقد حكمنا بانه تمليك النصف من هذا وتمليك النصف من هذا خلافا لهما
فانهما قالا يصح هبة واحد لاثنين لانه تمليك واحد حصل في كل منهما
منهما لا انه تمليك البعض منه والبعض منه لانه يكون تمليكين لا تمليكا واحدا
وقضية اضافة العقد اليهما اضافة واحدة ان يكون تمليكا واحدا
وهما قد قبضاها جملة فلا شيوع ولهذا لو رهن دارا من رجلين هكذا
صح ولو دخل فيه الشيوع لما صح اذ تأثير الشيوع في الرهن حتى لا يصح الرهن
في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة قال مولانا الفاضل يعقوب باشا
وهب رجل من رجلين شيئا لا يصح عند ابي حنيفة ما لم يقبضا واما اذا قبضا يثبت لهما الملك
ويصح على قوله وبه يفتى كذا في الذخيرة فيعلم منه ان المراد بعدم الصحة الفساد لا البطلان
كما لا يخفى انتهى وصح تصدق عشرة دراهم على فقيرين وهبتها اي هبة عشرة
دراهم لهما اي لفقيرين ولا يصح تصدق عشرة دراهم وكذا هبة عشرة
دراهم لغنيين هذا كله عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما قالا يجوز كله

فالجواب ان عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار [illegible] الخلف مع وجود اهليته

يعني ان لم تزف اليه

[illegible]

قال صاحب الكافي وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز كله وحاصله ان الامام رضي الله عنه اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز
الهبة على اثنين غنياء جعل الهبة مجازا عن الصدقة اذا صادفت الفقير وجعل الصدقة
مجازا عن الهبة اذا صادفت الغني لوجود المجوز اذ كل واحد منهما تمليك بغير بدل
وذكر في الاصل عقيب مسئلة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان
الصدقة على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند ابي حنيفة رضي الله عنه كالهبة
فسوى بينهما في الاصل وفرق بينهما في الجامع الصغير وجه تلك الرواية ان الصدقة
باطلة في الشايع كالهبة لتوقفهما على القبض فوجب ان يستويا في هذا ايضا
اذ المقصد واحد وهو الشيوع ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير ان الصدقة
تقع لله تعالى ولهذا لم يكن فيها رجوع وانما تصير للفقير نيابة عن الله تعالى بحكم
الرزق الموعود والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتمكن الشيوع فيها فتصح كالهبة
اذا وقعت لواحد واما الهبة فانما تقع للموهوب له فيتمكن الشيوع عند تعدد
الموهوب له فيمتنع الهبة وقيل المذكور في الجامع الصغير هو الصحيح
والمراد بالمذكور في الاصل من قوله وكذلك الصدقة يعني على الغنيين
فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين فلا يحتاج الى الفرق انتهى

باب الرجوع عنها اي عن الهبة

قد ذكر ان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع عنها صحيحا
لكن قد يمنع عن الرجوع مانع فيحتاج الى ذكر ذلك المانع وهذا الباب لبيانه
صح الرجوع فيها اي في الهبة كلا وبعضا وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله
صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه
ابن عباس رضي الله عنهم وفي رواية لا يحل لواهب ان يرجع في هبته فقد
نفى الرجوع في الاول وحرم الرجوع في الثاني ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام
شرعا ولانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد
بالتمليك والعقد لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به وانما يثبت حق الرجوع
فيما بين الوالد والولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه
قال صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وولده من كسبه
فكلوا من اكساب اولادكم رواه احمد وابو داود فلا يتم التمليك
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض
والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافها
الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان
اشتراه منه ولانه متحقق الحق له وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع
بعد التسليم ولانه فات المقصود بالعقد لان المقصود في الهبة هو التعويض
للعادة لان الظاهر ان الانسان يهدي الى من فوقه ليعاونه في حاجته
والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واذا تطرق الخلل فيما هو المقصود
من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يثبت له ولاية
الفسخ فيثبت ايضا ولاية الفسخ عند فوات المقصود وهذا لان المقصود
بالهبة الاجابة العوض والمكافاة عادة ولهذا يقال كالمشروط والمراد
بما روي ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء الا الوالد اذا احتاج
الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته كما لو ماله وسمي ذلك
رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم

والمراد

والمراد لا يحل الرجوع ديانة ومروة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن
بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو اي جائع يعني
لا يليق ذلك بالمروة والديانة وان كان جائزا في حكم الشرع اذا لم يكن عليه
حق واجب وهكذا نقول لا يليق بالاب الرجوع وعن هذا قال الموهوب
الابري الا قوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه
وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع
كما زعم الشافعي الابري انه قال في رواية كالكلب يقيء ثم يعود
في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبالحديث نقول انه مستقبح
ويكره كذا في الكافي وبعضه من العناية الحقناه في اثناء الزيادة
التوضيح واعترض صاحب التسهيل هنا على قوله لانه فات المقصود بالعقد
فيثبت للعاقد ولاية الفسخ بقوله اقول على هذا التقدير لو ذكر الواهب
بنفي العوض ينبغي ان يمتنع الرجوع لانه يظهر ان العوض ليس بمقصود ولكن
قوله صلى الله عليه وسلم ما لم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفي العوض
يقول الفقير ويمكن دفعه بالتامل تامل ويمنع منه اي من الرجوع حروف دمع خزقه
وهو ماخوذ مما قيل مانع عن الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه
يعني ما يدل عليه هذه الحروف الخزق الطعن والخازق السنان فكانه شبه الدمع بالسنان
قال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر قيل الخازق ايضا سهم يصيب الهدف
يقال خزق السهم يخزق اذا اصابه وتشبيه الدمع به احسن فخزقه مرفوع على انها
صفة دمع ان صح مجي جمع خازق اسما على خزقة لان الدمع ايضا جمع دمعة معنى
والا فنفعل او مفعول والجملة صفة دمع فالدال من هذه الحروف الزيادة المتصلة
بالموهوب كالبناء والغرس والسمن قال مولانا محمد الواني السمن
بفتحتين مصدر سمن من باب طرب هنا مقتضى ما ذكر في مختار الصحاح و
لكن الضبط في الكتب المصححة بكسر السين انتهى يقول الفقير ما وقع في مختار
الصحاح هكذا السمن معروف وجمعه سمنان كعبد وعبدان وسمن الرجل
الطعام من باب نصر لته بالسمن فهو طعام مسمون وسمين ايضا والسمان
ان جعلته بايع السمن انصرف وان جعلته من السم لم تصرفه في المعرفة و
سمن القوم فسمنهم تسمينا زودهم بالسمن والتسمين في لغة اهل الطائف التبريد
التبريد والسمين ضد المهزول وقد سمن من باب طرب فهو سمين وتسمن مثله
وسمنه غيره تسمينا وفي المثل سمن كلبك ياكلك والسمنة بالضم دواء يسمن به
النساء واسمن علته سمينا واستمن طلب منه هيئة السمن انتهى فلعل ما يقتضي
من عبارة كون السمن بفتحتين قوله وقد سمن من باب طرب فان مصدره يجي على فعل
بفتحتين لكنه ليس بكلي فان مصدر علم يجي علما ومصدر ورث يجي على وراثة
وكذا امثاله وفي الاقتضاء بحث على انه قال صاحب القاموس سمن كسمع
سمانة بالفتح وسمنا كعنب ثم ان وجه كون الزيادة المتصلة مانعا عن الرجوع
ان الرجوع انما يصح في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع
فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الاصل لا الزيادة ولا يمكن ان يرجع في
الاصل مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد فامتنع اصلا وبطل حق الواهب
لانه حق التملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيها
فكان مراعاته اولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه ايضا
لان حق التملك لا يجوز اخذ العوض عنه فبطل اصلا قال صاحب الكافي
وان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت الموهوب له في ناحية منها نخلا او بنى بيتا

دخ زع قام هو
١ ٢ ٣ ٤ ٥ ٦ ٧

قال صاحب العناية الآري هو المعلف عند العامة وهو المراد عند الفقها وعند العرب الآري الاخية وهي عروة حبل تشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تأرى بالمكان اذا اقام فيه قال صاحب القاموس والآري ويخفف الاخية والاخية ويد ويخفف كالية عود في حائط او في حبل يدفن طرفاه في الارض ويبرز طرفه كالحلقة تشد فيها الدابة جمع اخايا واواخي والاخية الطنب والذمة واخيت للدابة ناحية عملت لها اخية قال الجوهري وقد يسمى الاخية آريا وهو حبل يشد به الدابة انتهى والمراد هنا ما هو المراد عند الفقها وهو المعلف يعني الاصطبل

او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها اما في موضع البناء او النخل والآري فلان البناء او النخل او الآري زيادة متصلة بالموهوبة الا انها غير متولدة من الاصل والمعنى الذي لاجله امتنع الرجوع في الزيادة المتصلة المتولدة موجود في غير المتولدة اذا كانت متصلة فيمتنع الرجوع واما في الباقي فلان البناء او النخل او الآري في ناحية من الارض يعد زيادة في الكل الا يرى انه يزاد به مالية الكل وهذا اذا كان مما يعد زيادة في الكل وان كان مما لا يعد زيادة او يعد نقصانا كالاصبع الزائد مثلا فانه لا يمنع الرجوع لعدم المانع وهو زيادة مالية الموهوب حتى لو بنى فيها دكانا صغيرا بحيث لا يعد زيادة اصلا فلا عبرة به وان كانت الارض عظيمة لا يعد ذلك زيادة في الكل وانما يعد زيادة في تلك القطعة فله ان يرجع في غيرها لا الزيادة المنفصلة كالولد بان كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او نحوه فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل دون الزيادة ممكن وطولب بالفرق بين الرد بالعيب وبين الرجوع في الهبة ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية الاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه يبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقي في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربا واما المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة منه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك وباختياره فكانت مانعة كذا في العناية وان كانت الزيادة من سعر فله ان يرجع لان زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب وانما هي زيادة رغبة الناس والعين بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع واذا وهب عبدا فعلم القرآن والحرفة لا يرجع في قول ابي يوسف رحمه الله لانه زيادة معنوية فاشبه زيادة الجمال والسمن وفي قول زفر يرجع لانه لم يزده حقيقة وانما ازداد رغبة الناس فيه فكان كالسعر قال الزيلعي نقلا عن المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني الولد عنها ولو نقلها من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتيج فيه الى مؤنة النقل ذكر في المنتقى انه عند ابي حنيفة ومحمد ينقطع الرجوع وعند ابي يوسف لا ينقطع لان الزيادة لا تحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فبطل ولو وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له او عبدا له حلال الدم فعفا ولي الجناية في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له ثم شاخ حتى صارت قيمته اقل من قيمته وقت الهبة ليس له الرجوع لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان انتهى ما ذكره الزيلعي والميم موت احد العاقدين اما اذا مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى الورثة وخرج عن ملكه فكانه قد انتقل اليهم في حال الحياة واما اذا مات الواهب فلان النص لم يوجب حق الرجوع الا للواهب والوارث ليس بواهب اذ لا نه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط او هو مجرد حق وهو ايضا لا يورث ولانه ربما كان غرض الواهب اظهار الجود والسخاء ورجوع الوارث يبطل ذلك

والعين

والعين العوض فان حق الرجوع في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد انعدم بحصول العوض اليه كالمشتري يجد بالمبيع عيبا فيزول العيب قبل ان يرده لكن العوض انما يبطل الرجوع اذا اضيف اليها وقبض وعن هذا وصف المص العوض بقوله المضاف اليها اذا قبض الواهب العوض نحو خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها لان الشرط في العوض ان يأتي بلفظ يعلم الواهب انه يعطيه جزاء صنيعه وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ وانما يبتني الحكم على ما هو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء ولو كان العوض من اجنبي بامر الموهوب له او لا لان العوض وان كان من الاجنبي لم يلزم فلم يبق حق الرجوع كالخلع والصلح عن دم العمد وليس للاجنبي الرجوع في عوضه لانه متبرع عن الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عنه وكذا لا يرجع الاجنبي على الموهوب له اذا كان بغير امره لانه متبرع وكذا اذا كان بامره الا اذا قال عوض عني على اني ضامن لان التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بالعوض على غيره وذلك لا يوجب الضمان ما لم يضمن صريحا كذا في العناية وكذا نقله صاحب الدرر عن الايضاح فلو لم يضف الموهوب له العوض الى الهبة بل وهب الموهوب له شيئا من الواهب بعد ان يهب منه الواهب فلكل واحد منهما ان يرجع فيما وهب لانها تكون هبة مبتدأة لا تعويضا ولان سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم ذلك اذا بين انه عوض ورضيت وانما بعوضه فلان التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازات فلا يبطل حق الرجوع بالشك قال صاحب التسهيل اقول الاصل ان المعروف كالملفوظ كما ذكر في الكافي ومثل ما نحن فيه بصحيفة ترى بها في تحقق جواز الرجوع وفي العرف يقصد التعويض ولا يذكر نحو خذ هذا بدل لهبتك صريحا او نحوه فينبغي ان لا يرجع وان لم يذكر البدلية اذ العرف يحمل اعطاءه على التعويض وفي فتاوى قاضيخان لو بعث الى امرأة هدايا وعوضته المرأة وزفت اليه ثم فارقها فادعى الزوج ان ما بعثه عارية واراد ان يسترد ما بعثه فالقول للزوج في متاعه لانه انكر التمليك وللمرأة ان تسترد ما بعثته اذ تزعم انه عوض هبة فاذا لم يكن ذلك هبة لم يكن هذا عوضا فلكل منهما استرداد متاعه وقال ابو بكر الاسكاف ان صرحت حين بعثت انه عوض فكذلك وان لم تصرح ولكن نوت ان يكون عوضا كان ذلك هبة منها بطلت بنيتها فاقول على هذا ينبغي ان يكون في مسئلتنا اختلاف انتهى والخاء الخروج عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه وسعي الانسان في نقض ما تم منه مردود ولان تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل الملك بتجدد السبب والزاي الزوجية لانها نظير القرابة القريبة المحرمة في التواصل بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب وبدليل بطلان الشهادة بينهما فكان المقصود من الهبة الصلة وقد حصل كذا في الكافي يقول الفقير وقد نقل صاحب الدرر هنا ما في الكافي ناقصا فكان مشوشا مختلا وقال المحقق الواني في تعليقاته عليه ما قال فحصل زيادة الاختلال لعدم تتبعه بما في الكافي من الاقوال ان شئت فراجعهما ووقت الهبة فله الرجوع عنها لو وهب امرأة ثم نكح لا لو وهب هبة وقت كونها منكوحة ثم ابانها لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية علم انه لم يكن مقصوده العوض ولم يتبدل ذلك فله ان يرجع فيها والقاف القرابة المحرمية فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم منه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا رجوع فيها سواء كانا مسلمين او كافرين ولو وهب لعبد اخيه او لاخيه وهو عبد لاجنبي يرجع فيها عند ابي

مطلب في فعل الدرر والواني

الآط
٣

وقالا لا يرجع في الاول وفي الثانية يرجع لان الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى
ولان الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد
الا ان ملك احق بما لم يفضل عن حاجته فباعتبار احد الجانبين يلزم وبينهما
وباعتبار الجانب الاخر لا يلزم بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما
لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تنتفي الى العاقد
ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان عتق لا يرجع لان الملك
استقر له فيه فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه
وان عجز فعند محمد لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل الى المولى
عند العجز لما بينا في المكاتب الاجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند
ابي يوسف يرجع لانه بالعجز يظهر ان حقيقة الملك وقعت للمولى ونت الهبة
ولو كان المكاتب اجنبيا ومولاه قريب الواهب فان عتق المكاتب رجع لان الملك
وقع للاجنبي وان عجز فكذلك عند ابي ح بناء على الاختلاف فيمن وهب لعبد اخيه
والهلاك هلاك الموهوب فانه اذا هلك تعذر الرجوع والقول فيه اي في الهلاك
قول الموهوب له يعني لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة يصدق بلا خلاف
لان الواهب يدعي الرجوع والموهوب له ينكره فالقول له مع اليمين كذا في الرمز
شرح الكنز والقول في الزيادة قول الواهب يعني لو اختلفا في الزيادة فادعى
الموهوب له انه سمن عنده وكذبه الواهب كان القول للواهب لان الموهوب له
يدعي بطلان حق الرجوع والواهب ينكره فيكون القول له وقال زفر القول للموهوب
له لان الواهب يدعي حق الرجوع والموهوب له ينكره فيكون القول له هو
ولو عوض الموهوب له فاستحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يدفع
العوض الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كعوض المعاوضة
وان استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يرد ما فيه اي باقي العوض وقال زفر
يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فكما يرجع الموهوب له بنصف
العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب ايضا بنصف الهبة عند استحقاق
نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هي تقتضي المساواة ولنا ان المستحق خرج من
ان يكون عوضا وصار كان لم يكن وما بقي يصلح عوضا عن الكل ابتداء ولو عوضه
ابتداء بهذا النصف لم يرجع في شيء من الهبة فكذا هاهنا وانما تمكن الخلل في رضاء
الواهب له فكان تاثيره في اثبات الخيار له فان شاء رد ما بقي ورجع لانه انما رضي
بسقوط حقه في الرجوع ليسلم له كل العوض ولم يسلم وان شاء امسك ما بقي
ولم يرجع بشيء وحاصل الفرق بين استحقاق نصف الهبة ونصف العوض ان المعوض
ما ملكه العوض الا جزاء فيعتبر حكم المقابلة في حقه فاذا استحق نصف الهبة
رجع بنصف العوض تحقيقا للمقابلة واما الواهب فملكه ابتداء من غير ان
يقابله شيء فلم يعتبر في حقه حكم المقابلة ثم تاثير العوض في اسقاط حقه في الرجوع
والجزء من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه به ولان للعوض شبه ابتداء
الهبة من حيث ان المعوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة من حيث انه ملكه
مضافا الى الهبة فلشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجع في الهبة ولشبهه
بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا ان يرد ما بقي كذا في الكافي
هذا اذا لم يكن العوض مشروطا ابتداء واما اذا كان العوض مشروطا فيوزع البدل
على المبدل لانها تم بيعا فاذا استحق بعضه يرجع بما يقابله من العوض كذا في الكافي
عقلا عن الاسرار وان استحق الكل رجع بالكل فيهما يعني لو استحق كل
الهبة رجع بكل العوض ولو استحق كل العوض رجع بكل الهبة اتفاقا

ولو عوض الموهوب له عن نصفها اي عن نصف الهبة فله اي للواهب ان يرجع بما لم يعوض
لان التعويض مانع عن الرجوع فاذا وجد في النصف يمتنع الرجوع بقدره ويبقى
حق الرجوع في الباقي على ما كان ولو خرج نصفها اي نصف الهبة من ملكه اي من ملك الموهوب له
فله اي للواهب ان يرجع بما لم يخرج من ملكه لان المانع من الرجوع وهو الخروج عن ملكه
لم يوجد الا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره وان لم يخرج جميعها عن ملكه فله ان يرجع
بنصفها ايضا لان له الرجوع في كلها فاولى ان يكون له الرجوع في نصفها
ولا يصح الرجوع عن الهبة الا بتراض من الطرفين او بحكم قاض لان الرجوع
مختلف فيه بين العلماء فمنهم من رآه ومنهم من ابى وفي اصل الرجوع عن الهبة وهاء
اي ضعف لان الواهب ان طالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه وفي حصول المقصود وعدمه
خفاء اذ من الجائز ان يكون مراده الثواب والتواد فعلى هذا لا يرجع لحصول المقصود
ومن الجائز ان يكون مراده العوض وعلى هذا لا يرجع فاذا وقع التردد فلا بد من الفصل
بالرضاء او القضاء ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي
او منهما لولايتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض فلو اعتق
تفريع على عدم صحة الرجوع الا بتراض او بحكم قاض الموهوب له العبد الموهوب
بعد الرجوع قبل القضاء والتسليم اي قبل رضاء الموهوب له بالرجوع وتسليمه
الى الواهب ويلوح هنا التفريع صاحب التسهيل فلو اعتق الموهوب له الموهوب
بعد الرجوع قبل القضاء والرضاء الخ والا لا يكون موافقا للمفرع عليه نفذ
نفذ اعتاقه لانه لا يزول عن ملكه الا بالقضاء او الرضاء ولو منع بعد الرجوع
قبل القضاء فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لا يضمن بعد القضاء قبل المنع
لان اول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا الا بالاستمرار عليه له
وان منع بعد القضاء ضمن لو جحد العقد بعينه لان الموهوب يكون امانة عند الموهوب له
فالمنع بعد الطلب يوجب الضمان في الامانة لكونه غصبا وهما اي الرجوع مع
احدهما اي الرجوع بتراض او بحكم قاض فسخ لعقد الهبة من الاصل واعادة
للملك القديم لا هبة من الموهوب له للواهب وخالف زفر في الرجوع بالتراضي
وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لعود الملك اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا
كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضاء فهو كالبيع المبتدا والجواب ان التراضي
على سبب موجب للملك او على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتدائيا وههنا تراضيا
على رفع سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل كذا في العناية
فلا يشترط قبضه اي قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود
الملك القديم وصح في المشاع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان
هبة مبتداة لما صح في مشاع يحتمل القسمة كما لا يصح في ابتداء الهبة وان تلف
الموهوب في يد الموهوب له فاستحق فضمن الموهوب له لا يرجع على الواهب بما ضمن
لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل للواهب بخلاف المودع اذا
هلكت الوديعة في يده فاستحقها مستحق فضمنه فانه يرجع على المودع لان المودع
عامل للمودع في الحفظ والغرور سبب الرجوع في ضمن المعاوضات لا في التبرعات
والهبة بشرط العوض بان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده له هبة ابتداء
هنا اذا ذكره بكلمة على بان يقول وهبت لك هذا العبد على ان تعوضني هذا الثوب واما
اذا ذكره بحرف الباء بان يقول وهبت هذا الثوب بعبدك هذا او بالف درهم وقبل الاخر
يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع كذا في شرح الهداية فشرط القبض في العوضين
لكونه كل منهما هبة ومنعها الشيوع في احدهما كما هو حكم الهبة فان تقابضا صح العقد وصار
في حكم البيع وهنا قال بيع انتهاء ويثبت الشفعة وخيار العيب وخيار الشرط وخيار

الروية في كل منهما ... والعوض كما هو حكم البيع

وقال زفر والشافعي ينعقد بيعا ابتداء وانتهاء حتى يثبت الملك بمجرد العقد بدون اشتراط التقابض ولا يبطل بالشيوع لان هذا التصرف معاوضة معنى وان كان تبرعا لفظا وهذا لان الشرط العوض ينافي التبرعات ويختص بالمعاوضات والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ لو وهب ابنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأة لنفسها يكون طلاقا ولو وهب عبده لنفسه يكون اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد واختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود ولنا ان هذا اشتمل على جهتين فيجب الجمع بينهما ما امكن توفيرا على الشبهين حظهما كالاقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا بينهما وقد امكن هنا الجمع بينهما بان يعتبر هبة ابتداء اعتبارا باللفظ وبيعا انتهاء اعتبارا بالمعنى كالهبة في المرض هبة ابتداء اعتبارا باللفظ حتى تبطل بعدم القبض وبالشيوع ووصية انتهاء اعتبارا للمعنى حتى تعتبر من الثلث لان اللفظ قالب المعنى فلا بد من اعتباره الا اذا تعذر الجمع للمنافاة كما فيما ذكرنا من المسائل فوجب اعتبار المعنى فيها وسقط اعتبار اللفظ ترجيحا للمعنى عليه ولا منافاة ههنا فان قيل قد تحققت المنافاة ههنا لان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومين فتتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة قلنا البيع يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب لوازمه ضرورة والهبة قد تنتج لازمة كهبة القريب وغيره وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب لوازمها ضرورة على ان المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء وبيعا انتهاء فلا وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن فيه تحقيق البيع والاعتاق لانه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه لانه لا يملك غيره فكيف يملك نفسه وكذا بقي المسائل التي ذكرناها فتدبر

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة وقال ومن وهب امة الا حملها او وهبها على ان يردها اي الامة عليه او يعتقها او يستولدها اي يتخذها ام ولد صحت الهبة في الصور كلها لانها لا تبطل اي الهبة بالشروط الفاسدة كما مر والنبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل الشرط وبطل الاستثناء اي استثناء الحمل لانه انما يعمل في المحل الذي يعمل فيه العقد وقد عرفت ان الهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا يصح فكذا اذا استثنى فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فصحت الهبة وبطل الاستثناء لكونه شرطا فاسدا وبطل الشرط في الصور الاخيرة لمخالفته لمقتضى العقد وهو ثبوت الملك مطلقا فاذا اعتبرت الشروط المذكورة تقيد به وهو ينافي الاطلاق قال صاحب الكافي اعلم ان استثناء الحمل على ثلاثة اقسام في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة وفي قسم لا يجوز اصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن لان هذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة فكذا تبطل باستثناء الحمل وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية لان افراد الحمل بالوصية جائز فكذا استثناؤه وكذا لو وهب دارا على ان يرد عليه بعضها اي بعض الدار او يعوضه شيئا منها اي من الدار يعني تصح الهبة ويبطل الشرط لما تقدم آنفا قال الفاضل الزيلعي وقوله او يعوضه شيئا منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله ويبطل الشرط وان اراد به ان يعوضه من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه بعضها انتهى

وقال

وقال صاحب العناية ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه بعضها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى وقال صاحب الدرر اقول نختار الشق الاول وقوله فهي والشرط جائزان ممنوع وانما يجوزان ان كان العوض معلوما كما عرفت من المباحث السابقة انتهى يقول الفقير جوابه لصدر الشريعة وان ذكره على انه من عند نفسه لكن يلزم منه انه اذا وهب دارا بشرط ان يعوضه شيئا منها يصح الشرط لان العوض يكون معلوما مع انه ليس كذلك وقد صرح في غاية البيان انه اذا وهب دارا او جنسه دراهم بشرط ان يعوضه بيتا معينا منها او درهما واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة ويفسد الشرط لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون عوضا وللواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض فالتعويل في دفع لزوم التكرار على ما في العناية تدبر ولو دبر الحمل ثم وهبها اي الام فالهبة باطلة بخلاف ما لو اعتقه اي الحمل ثم وهبها اي الام فالهبة صحيحة والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر فالموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم باعتبار ان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانه منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة او صار كهبة شيء هو مشغول بملك الواهب فلم يجز واما الاعتاق فانه يزيل ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فهو كما لو وهب ارضا وفيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة تتم كذا ههنا ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او اذا جاء غد فانت بريء منه اي من الدين او قال ان اديت الي نصفه فالباقي لك او فانت بريء منه اي من الباقي فهو باطل لان تمليك الدين ممن عليه تمليك فيه معنى الاسقاط حتى لا يتوقف على القبول وابراء الدين اسقاط فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد فصار كل واحد منهما تمليكا من وجه واسقاطا من وجه وهذا لان الدين مال بالنظر الى المال حتى وجب فيه الزكاة ووصف بالنظر الى الحال حتى لا يحنث لو حلف ان لا مال له وله ديون على الناس فلما كان كل واحد منهما تمليكا من وجه واسقاطا من وجه لم يصح تعليقه بالشرط لان التعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات المحضة دون ما فيه معنى التمليك والعمرى على وزن حبلى اسم في هذا المعنى جائزة للمعمر على صيغة المفعول حال حياته ولورثته بعده وهي ان يجعل داره له اي المعمر مدة عمره فاذا مات ترد الدار الى صاحبها فيصح التمليك ويبطل الشرط فيكون الدار للمعمر حال الحياة ولورثته بعد موته والاصل فيه انه صلى الله عليه وسلم قال من اعمر عمرى فهي للمعمر محياه ومماته رواه عنه احمد وابو داود والنسائي والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان قبضها كانت عارية في يده لانها اذا لم تصح هبة تكون عارية لانه اطلاق الانتفاع وعند ابي يوسف تصح الرقبى كالعمرى وهي اي الرقبى ان يقول ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كأنه قال اراقب موتك وترقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي لهما ان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال وقد صح انه صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولابي يوسف ما روى ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال العمرى جائزة لمن اعمرها والرقبى جائزة لمن ارقبها رواه بعينه النسائي قال الفاضل الزيلعي وحاصله انه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في المآل يجوز بالاجماع لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان في المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال انه تمليك للحال اجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة وقال هنا تقدم في ... بالانتقال في الاصل في وجوب العمل اذا ...

فانا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين امكن التوفيق بين الاخبار
فما روي من النهي عن الرقبى محمول على ان المراد به ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد
بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الاطلاق فمحمول على انه جائز والشرط باطل
وبمثله جاء النهي عن العمرى ايضا وهو ما روي عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم قال
لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيئا او ارقبه فهو له حياته ومماته رواه احمد والنسائي
وقال صلى الله عليه وسلم العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها رواه ابو داود
والترمذي والنسائي وفيهما اخبار كثيرة بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما فبالحمل
على ما حملنا حصل التوفيق فلا معارضة انتهى وقال صاحب الكافي وحاصل
الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم على انها من المراقبة فحمل
ابو يوسف لفظ هنا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر
فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك على ما فسرنا فكان هذا
تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى وقال صاحب الاختيار
والرقبى باطلة وهو ان يقول داري لك رقبى ومعناه ان مت فهي لي وان مت
فهي لك كان كل واحد منهما يراقب موت الاخر لما روى شريح ان النبي صلى
الله عليه وسلم اجاز العمرى ورد الرقبى ومراده الرقبى من الرقوب او ان الارقاب
ومعناه رقبة داري لك فانه يجوز وهو محمل حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز العمرى والرقبى الا انه محتمل فلا يثبت الهبة بالشك فيكون عارية عندهما
وقال ابو يوسف الرقبى جائزة لحديث جابر ولان قوله داري لك تمليك وقوله
رقبى شرط فاسد فلا يبطل الهبة انتهى والصدقة كالهبة لا تصح بدون القبض
لانه تبرع كالهبة فيلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة
ولا تصح في مشاع يقسم اي يحتمل القسمة لانها لما كانت كالهبة فالشيوع يمنع
تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها اي في الصدقة لان المقصود منها
هو الثواب في الاخرة تفضلا من الله وليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال
المراد حصول الثواب انتهى يقول الفقير يمكن ان يقال يقطع بحصوله على مقتضى
قوله تعالى ان الله لا يضيع اجر المحسنين وهو اصدق القائلين لكنه اوجب
على ذاته الكريمة اعطاء الثواب بمقابلة الصدقات تفضلا
ولو كانت الصدقة لغني لانه يراد بها الثواب كما لو وهب للفقير لانه قد يكون
لمالك النصاب عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب
قال صاحب النهاية لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير
ومن اصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة له سواء لانه يقصد به العوض
دون الثواب الا يرى انه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء فيما هو
المقصود ثم له ان يرجع في الهبة فكذا في الصدقة ولكنا نقول
في ذكر لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه
اولى من مراعاة حال المملك ثم الصدقة على الغني تكون قربة يستحق بها الثواب
لانه قد يكون الغني مالكا للنصاب وله عيال كثيرة والناس يتصدقون
على مثل هذا لنيل الثواب انتهى ولا رجوع في الهبة للفقير لانها في المعنى صدقة اذ المقصود منها
الثواب لا غير وقد حصل قال صاحب الكافي ولو تصدق على غني او وهب لفقير لا يرجع
اعتبارا للفظ في الاول وللمعنى في الثاني وحق الرجوع ضعيف فاذا وقع الشك في ولاية
الرجوع فلا يرجع بالشك ولو قال جميع مالي او ما املكه لفلان فهو هبة لان مملوكه
لا يصير لغيره الا بتمليكه وان قال لما ينسب الي او ما يعرف لفلان فاقرار لانه
لا يتم منه التمليك وانما يتم مداه ملك لفلان ولكنه منسوب الي بكونه في يدي فيكون اقرارا

كتاب الاجارة

كتاب الاجارة

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام
تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاول على الثانية لان الاعيان مقدمة
على المنافع ولان عدم العوض مقدم على وجود العوض ثم لعقد الاجارة مناسبة
خاصة بالصدقة من حيث انهما نفعان لا ان مثلين فلذلك اورد كتاب الاجارة
متصلا ببحث الصدقة ثم محاسن الاجارة هي دفع الحاجات بقليل من الابدال
ويسير من الاموال فلا لكل احد يملك دارا يسكنها ولا طاحونة يطحن بها ولا حماما
يغتسل فيه ولا خانا يحفظ امواله من القاصدين ولا دابة يركبها ولا بغلا يحمل عليه
امواله ولا ابلا يحمل عليه اثقاله الى بلد لا يبلغه الا بشق الانفس قال صاحب النهاية
وكان شيخي كثيرا ما يقول من محاسن الشرايع ان الفقير ينتفع بفلسه من الاستحمام
مثل انتفاع الغني صرف الالوف لاستحمامه في بناء الحمام فالبياعات شرعت على حفظ
الاغنياء والاجارات شرعت على حفظ الفقراء وقد قص الله تعالى خبرا عن نبيه شعيب
عليه السلام انه قال لموسى عليه السلام اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على
ان تاجرني ثماني حجج كيف احتاج كليم الله تعالى الى الاجارة وكانت تلك الاجارة
اعظم بركة من كل تجارة لانها صارت وسيلة الى الرؤية بالطور وسماع الكلام
من ملك الملكوت وقد جاء في الاخبار ان نوحا عليه السلام اتخذ مسكنا من حشيش
فقيل له فيه فقال هذا لمن يموت كثير ولان المملكة لا يليق بالعبد فاذا لم يكن بد
من الموت فالاستئجار به احرى ولان الموجر يفرح بنيل المال بلا زوال العين والحال
والمستاجر يفرح بالوصول الى المقصود من غير تحمل المال العظيم فنحن المسافرون
سفر الاخرة ولا يستحسن للمسافر في كل منزل شراء الدار العامرة حكي
ان ابراهيم بن ادهم قدس سره كان في دار ببلخ اذ جاء في يوم رجل اخذ بزمام بعير
فقيل له اين تنزل قال ادخل الرباط لا سكن فقيل له هذه دار سلطان فقال من
اين له هذه الدار قيل ورثها من ابيه قال وممن ورثها ابوه قيل من ابيه فقال الرجل
هل الرباط الا مسكن فيه ساكن ويذهب ثم ينزل فيه اخر فسمع ابراهيم هذا الكلام
وافاق عن سكر الدنيا وبلغ امره ما بلغ ثم انا نحتاج ههنا الى بيان الاجارة
لغة وشرعا ودليل شرعيتها ونوعها وشرطها وركنها وحكمها اما اللغة فالاجارة
فعالة من اجر اسم للاجرة كالجعالة بمعنى الجعل والاجرة ما اعطي من كراء الاجير
ويقال اجره اذا اعطاه اجرة من باب ضرب وطلب فهو اجر وذاك ماجور
قال صاحب المغرب يقال اجرت مملوكي اوجره ايجارا فهو موجر وفي الاساس
اجرني داره فاستاجرتها فهو موجر ولا يقال مواجر فانه خطا من حيث اللغة وقبيح
من حيث العرف وفي استعمال العامة يراد به الشتم القبيح انتهى كلام المغرب
قال صاحب النهاية اما الخطا فظاهر وهو انه من باب افعل واما قوله مواجر
مفاعل فاعل القبيح فهو انه يستعمل في موضع قبيح ثم قال صاحب المغرب بالحصول وليس
هنا فاعل وانما الذي هو فاعل قولك اجر الاجير مواجرة كقوله ساعد وعاود وفي الجمل اجرت الرجل
مواجرة اذا جعلت له على فعله اجرة وفي باب افعل من جامع الغوري رحمه الله لغة في اجره من الاجارة
وفي باب فاعل اجر الدار وهكذا في ديوان الادب وهما وفيه نظر اما الصواب ما اثبت في الاساس
على ان ما كان من فاعل في معنى المعاملة كالمزارعة والمشاركة والمشاعرة ونحوها لا يتعدى الا الى
مفعول واحد ومواجرة الاجير من ذلك فكان حكمها حكمه فالحاصل انك اذا قلت اجرت الدار
او المملوك فهو من افعل لا غير واذا قلت اجرت الاجير كان مواجرا واما اسم الفاعل من نحو اجرت
الدار فهو موجر والاجر في معناه غلط محض واسم المفعول من اجر الدار موجر لا ماجر
ومن الثاني موجر ومواجر لانه يحتمل ان يكون قول اجر الاجير من افعل وفاعل انتهى ما ذكر في المغرب

ا يستعمل فيمن يواجر اهله للزنا كما هي عن [illegible] سنة ا قاله [illegible] بعقوب [illegible] منه

الى المنازعة

وأما معناها شرعاً فهي أي الاجارة بيع منفعة معلومة بعوض معلوم لان جهالتها تفضي الى النزاع دين او عين الدين كالنقدين والمكيل والموزون والعين كالثياب والعبيد يقول الفقير والاولى ان يقول ومنفعة كما زاده صاحب الدرر ليشمل سكنى دار بركوب دابة وقيل هو تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس تمليكا انما هو استباحة المنافع بعوض واما دليل شرعيتها فالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخريا اي في العمل باجر وما تلونا آنفا من قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو شريعة لنا ما لم يقم الدليل على انتساخه واما السنة فما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقال صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيراً فليعلم اجره وقال صلى الله عليه وسلم ثلث انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل استاجر اجيراً فاستوفى منه ولم يوفه اجره ورجل باع حرا فاكل ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم اعلم ان القياس يابى جوازها لانها لما كانت تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال فكان القياس ان لا يجوز الا انها جوزت على خلاف القياس لحاجة الناس بالآثار واما نوعها فانها نوعان نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياط واما شرائطها فهي ان يكون الاجرة معلومة والعمل ان وردت الاجارة على العمل والمنفعة ان وردت الاجارة على المنفعة وهذا لان الاجرة معقود بها والمنفعة او العمل معقود عليه فاعلام المعقود به والمعقود عليه شرط تحرزا عن المنازعة كما في باب البيع ثم اعلام المنفعة ببيان الوقت وهو الاجل او ببيان المسافة واعلام العمل ببيان محل العمل واعلام الاجرة ان كانت الاجرة دراهم او دنانير ببيان المقدار انه كذا وببيان الصفة انه جيد او رديء ويقع على نقد البلد ان كان في البلد نقد واحد الى اخر ما ذكر في البيوع واما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الموضوعة في عقد الاجارة اما بيان الفاظها فنقول الاجارة انما تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي نحو ان يقول احدهما آجرت هذه الدار ويقول الاخر قبلت او استاجرت ونحوهما ولا ينعقد بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول احدهما اجرني فيقول الاخر آجرت وهذا لان الاجارة بيع المنفعة فيعتبر ببيع العين وتنعقد بالتعاطي كالبيع واما حكمها فوقوع الملك في البدلين كما في بيع العين الا ان الملك في البدلين في بيع العين يقع معاً وفي الاجارة يقع الملك ساعة فساعة لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة كذا في النهاية وما صلح ثمناً في البيع صلح اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وقال صاحب العناية وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي ليست هي من ذوات الامثال كالحيوان والثياب اذا كانت معينة صلح ان يكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر لان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمناً كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان النظر في المثال ليس من دأب المناظرة فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال اخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمنا اصلا انتهى

وتفسد

وتفسد الاجارة بالشرط فساد البيع بها لانها بمنزلته في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ ويثبت فيها خيار الشرط كما يثبت في البيع وقال الشافعي لا يصح اشتراط الخيار فيها لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له اذ لا بد له من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار وان كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضاً على الكمال لان ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكنه تسليمه وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لانه يمكن رد جميع المعقود عليه فيه اذ المبيع عين ولنا انه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لان الخيار شرع في البيع للتروي حتى اذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ فكذا الاجارة تقع بغتة من غير سابقة تامل فيمكن ان تصادف غير موافق فيحتاج الى ازالته فيجوز اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح لانه لا يقع بغتة بل يتقدم التامل في الموافق فلا يحتاج فيه الى التروي بعده فلا يحتاج اليه ولان النكاح لا يقبل الفسخ بالاقالة فلا يقبله خيار الشرط ولا يفيد ويثبت فيها خيار الرؤية وقال الشافعي لا يجوز استيجار ما لم يره للجهالة قلنا الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضي الى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي اليها لانه ان لم يوافقه يرده فلا يمتنع الجواز وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه والاجارة شراء المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظا او دلالة ويثبت فيها خيار العيب سواء كان حاصلاً قبل العقد او بعده اما جواز الرد بعيب حاصل قبله فظاهر واما جوازه بما هو بعد العقد فلان المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكلما كان كذلك كان كل جزء منها بمنزلة الابتداء فكان العيب حاصلا قبل القبض وذلك يوجب الخيار كما في البيع وتقال الاجارة وتفسخ كما في البيع يقول الفقير الظاهر ان المراد من قوله وتفسخ بعيب وتفسخ بالاعذار ولا حاجة اليه هنا لانه عقد للفسخ بابا مستقلا ولا فائدة معتدا بها في ذكره هنا فالاولى تركه ولما ذكر في التعريف معلومية المنفعة احتاج الى ما به تكون معلومة فقال والمنفعة تعلم تارة ببيان المدة كالسكنى اي كاجارة الدار للسكنى والزراعة اي كاجارة الارض للزراعة فتصح اجارتهما مدة معلومة اي مدة كانت اي سواء كانت قصيرة او طويلة لانه اذا علمت المدة صار مقدار المنفعة معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يبين ما يزرع افضى الى النزاع المفسد وفي قوله اي مدة كانت اشارة الى انه لا فرق بين قصر المدة وطولها اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى كون المدة طويلة واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنع بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الحكم فصار الاجارة مؤبدة معنى والتابيد يبطلها وجوزه آخرون ومنهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا عبرة بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لان ذلك عسى يوجد فيما اذا كانت المدة مقدار ما يعيش الانسان اليها غالبا ولا عبرة له ونظير هذا ما اذا تزوج امراة الى مائة سنة فانه يكون متعة ولا يكون هو بمنزلة التابيد حتى يصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك نكاحا موقتا اعتبارا للصيغة فكذا في مسئلتنا اعتبرنا التوقيت وقلنا بصحة الاجارة

وفي اجارة الوقف يتبع شرط الواقف هذا بمنزلة الاستثناء من قوله فيصح مدة معلومة
اي مدة كانت يعني الا في الوقف فانه فيه لا يصح الاجارة الى اي مدة كانت
بل يتبع شرط الواقف لانه كنص الشارع في وجوب الاتباع فان لم يشترط الواقف
في اجارة مدة بل سكت عنها فالفتوى ان لا يزاد في اجارة الاراضي الموقوفة
على ثلاث سنين وفي اجارة غيرها من الاراضي ان لا يزاد على سنة واحدة ه
قال صاحب النهاية المتولي اذا آجر الموقوف ان كان الواقف شرط ان لا يؤجر
اكثر من سنة لا يجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته الى ثلاث
سنين واما الاجارة اكثر من ثلاث سنين تكلموا فيه قال مشايخ بلخ لا يجوز
وقال غيرهم يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه اخذ الفقيه كذا في التتمة والحيلة
في ذلك للتحقيق يجوز اكثر من ثلث سنين ان يرفع الى الحاكم حتى يجوزه كذا في الصغرى
لصدر الاسلام وكان الصدر الشهيد يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع
الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا
كانت المصلحة في الجواز وذكر بعض مشايخنا في شرح حيل الخصاف
الحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقدوا عقودا متفرقة
على الاوقات فكل عقد على سنة فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم
لانه مضاف كذا في الذخيرة انتهى ما في النهاية وقال صدر الشريعة رحمه الله
في شرح قول صاحب الوقاية لكن في الوقف لا يصح فوق ثلاث سنين كيلا
يدعي المستاجر انه ملكه فعلة عدم الجواز اذا كانت هذه المعنى لا يصح الاجارة
الطويلة بعقود مختلفة كما جوزها البعض تجاوز الله عنهم انتهى
يقول الفقير ولقد احسن المرحوم فيما هنا لانا شاهدنا في زماننا مفسدة كثيرة
في الاجارة الطويلة في الاوقاف وافتينا مرارا بعدم جوازها اقتفاء بالفاضل
المعظم المرحوم واحياء للاوقاف على الوجه المرسوم فنرجو من الله الكريم الجليل
الثواب الجزيل بمقابلة قصدنا الى احياء الاوقاف التي تملكها الظالم
مثل احد اوقاف والمنفعة تارة تعلم بذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته
يعني كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه وبين الثوب ولون الصبغ وقدره
او استاجر خياطا على خياطة الثوب وبين الثوب وجنس الخياطة عليها
وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة يعني كما اذا استاجر دابة ليحمل
قدرا معلوما من الحنطة مثلا مسافة معلومة لانه اذا بين المصبوغ وقدر ما
يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والمخيط وما يحمل على الدابة والمسافة
صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فيصح العقد والمنفعة تارة تعلم بالاشارة
كنقل هذا الى موضع كذا لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة
والاجرة لا تستحق بالعقد اي لا يلزم تسليمها ولا اداؤها بمجرد العقد وقال الشافعي تستحق
بمجرد العقد ويجب تسليمها لان المنافع جعلت معلومة حكما ضرورة تصحيح العقد
فيثبت الحكم وهو ثبوت الحكم فيما يقابلها من البدل فلا يلزم الترجيح ولنا ان العقد ينعقد شيئا
فشيئا بحسب حدوث المنافع وهو معاوضة ومن قضيتها المساواة فتقتضي التراخي
في البدل ضرورة تراخي المبدل بل تستحق بالتعجيل فان المستاجر اذا عجل الاجرة بان يعطيها قبل
الاجل من غير اشتراط لا يكون له حق الاسترداد او بشرطه اي بشرط التعجيل حال العقد فانه يجب
لانه ابطل حقه في التراخي او باستيفاء المعقود عليه فان الاجرة تجب ايضا لانه عقد معاوضة
فاذا استوفى المستاجر المنفعة يملك المؤجر الاجر تحقيقا للتساوي او التمكن منه
اي من الاستيفاء بتسليم العين المستاجرة في المدة لاقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهي المنفعة
ومثل هذا معهود في الشرع الا ترى ان الشارع اقام السفر مقام المشقة لانه سببها واقام
البلوغ مقام اعتدال العقل في تعلق التكليف لانه سببه ونظائره كثيرة لا تحصى

فيجب

احد اوقاف اسمعيل جلبي المعروف

فيجب الاجرة لو قبض المستاجر الدار ولم يسكنها حتى مضت المدة لوجود التمكن
من الاستيفاء وتسقط الاجرة بالغصب لفوت التمكن يعني اذا غصبها
غاصب من يده تسقط الاجرة لان تسليم المحل انما يقوم مقام تسليم المنفعة للتمكن
من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد وقال فخر الدين
قاضيخان لا ينفسخ الاجارة لكن تسقط الاجرة ما دامت في يد الغاصب كما لو انهدمت
وقال بعضهم يمكن التوفيق بينهما بان الانفساخ يحتمل ان يكون في استيعاب الغصب
مدة الاجارة وعدمه في عدم استيعابه وانما قال لفوت التمكن لما قال الفاضل
الزيلعي انه لو غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر سقط الاجر كله
فيما اذا غصبت في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقط بحسابها لزوال
التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجر لا حقيقة الانتفاع وهل ينفسخ
الاجارة قال صاحب الهداية ينفسخ وقال القاضي فخر الدين في فتاواه
والفضلي لا ينفسخ انتهى ما في الزيلعي ولرب الدار والارض طلب الاجر
لكل يوم ولرب الدابة لكل مرحلة والقياس ان يطلب في كل ساعة
بحسابه تحقيقا للمساواة لكنه يفضي الى الحرج اذ لا يعلم حصته الا بحرج ومشقة
فرجع الى ما ذكر وللقصار والخياط طلب اجره بعد الفراغ من عمله لا لكل يوم
وان عمل في بيت المستاجر حتى اذا عمل في بيت المستاجر ولم يفرغ من العمل
لا يستحق شيئا من الاجر على ما ذكر صاحب الهداية وصاحب التجريد
وذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام
وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي انه اذا خاط بعضه
في بيت المستاجر يجب الاجر بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعدما خاط بعضه
يستحق الاجر بحسابه واستشهد في الاصل على ذلك بما اذا استاجر
انسانا ليبني له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى فهذا يدل على انه
يستحق الاجر ببعض العمل وقال الفاضل الزيلعي وكان ابو حنيفة رحمه الله
اولا يقول في الكل لا يجب شيء من الاجرة حتى يستوفي جميع المنفعة والعمل
وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر
على اجزائها كالثمن في المبيع والرهن في الدين ثم رجع عن هذا فقال ان
وقعت الاجارة على المدة كما في اجارة الدار والارض وعلى قطع المسافة
كما في كراء الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان
للمستوفى اجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر ففي الدار يجب لكل يوم
وفي المسافة لكل مرحلة والقياس ان يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة
الا انه يفضي الى الحرج لانه لا يعلم حصته الا بمشقة فرجع الى ما ذكرنا
لان حصته من الاجر معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود
فيجب البدل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجرة على العمل كالخياطة والقصارة
لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر بمقابلته حتى يفرغ
من العمل فيستحق الكل انتهى وللخباز طلب اجره بعد اخراج الخبز من التنور
لانه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان في بيت
المستاجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وان كان يخبز
في منزله لم يكن مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور فان احترق الخبز قبل الاخراج
من التنور سقط الاجر سواء كان في بيت المستاجر او في بيت الاجير
لان الخبز قبل الاخراج لا يكون منتفعا به ولا يتم العمل وان احترق بعده اي بعد الاخراج
فلا يسقط الاجر ان كان يخبز في بيت المستاجر لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ

المنزل انه بين فيستحق الاجر ضمن فيه صح

ولا ضمان عند ابي حنيفة رح لانه هلك بعد التسليم ولم يوجد منه ما يوجب الضمان
انما خص هنا بنفي الضمان لانه اذا احترق الخبز في التنور قبل ان يخرجه فهو ضامن
اتفاقا لانه هنا جناية يده كذا في النهاية وقالا ان شاء المستاجر ضمنه
مثل دقيقه ولا اجر وان شاء ضمنه الخبز وله الاجر قال صاحب الكفاية ثم هذا
الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فهو مجرى على عمومه فانه لا يضمن
بالاتفاق واما عند ابي حنيفة فلانه لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم
وقال القدوري ان عليه الضمان على قولهما لان العين مضمون على الاجير بمنزلة المغصوب
في يد الغاصب فلا يبرا عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته كما هو الحكم
في المغصوب ثم على ما ذكره القدوري اذا وجب عليه الضمان عندهما كان لصاحب الدقيق
الخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز مخبوزا
واعطاه الاجر قال القدوري ولا ضمان عليه في الحطب والملح عندهما لان ذلك
صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحال ما وجب الضمان فهو رماد لا قيمة له
كذا في الذخيرة انتهى ما في النهاية وللطباخ للوليمة طلب الاجر بعد الغرف
قال صاحب النهاية الطبخ من حد نصر والغرف آب بست و بكفكير بر داشتن
من حد ضرب والمراد ههنا نقل الطعام في القصعة ثم قيد المسئلة بالوليمة
في طبخ الطعام للوليمة حتى انه اذا استاجره لطبخ قدر خاص فليس عليه الغرف
ذكرت هذه المسئلة في المغني في الفصل السادس عشر بهذين التقييدين فقال
والطباخ اذا استوجر في عرس او وليمة فاخراج المرقة من القدر الى القصاع
على الطباخ وان استوجر لطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس عليه انتهى
ولضارب اللبن بكسر اللام وفتحها وسكون الباء الموحدة الثانية فيهما
جمع لبنة على وزن كلمة ثم الظاهر ان الضارب هنا مشتق من الضرب بمعنى
الالقاء كقولهم ضرب الشبكة على الطائر القاها عليه فلضارب اللبن
طلب الاجر بعد اقامته عند ابي حنيفة رح حتى لو فسد بالمطر قبل الاقامة فلا اجر له
وقالا بعد تشريجه هو بالشين المعجمة والجيم نقل اللبن عن مكانه ووضع بعضه
على بعض حتى لو فسد بعد الاقامة وقبل النقل فلا اجر له عندهما لان عمله انما
يتم بالنقل اذ ربما يفسد بدونه والعرف شاهد عليه وله ان نفس الفراغ
يحصل بالاقامة وهنا ينتفع به بعدها والتشريج عمل زائد فلا يجب عليه
كالنقل الى بيته هذا اذا ضرب اللبن في ملك المستاجر فان ضرب في
ملك نفسه لا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه
بعد التشريج كذا في ابن ملك شرح مجمع البحرين ومن لعمله اثر في العين
كصباغ وقصار يقصر بالنشا وهو بفتح النون والشين المعجمة مقصورا
فارسي معرب اصله نشاستج حذف منه السين المهملة والجيم وفي التعريب تخفيف
والبيض بفتح الباء الموحدة وسكون الياء المثناة التحتية ما يخرج من الدجاج
والقصارون بها من عادة اهل الشام كذا قاله المولى اخي چلبي وقيد القصار بهما
ليكون لعمله اثر في العين واحترز به عن غاسل الثوب فله اي للمستاجر حبسها اي حبس العين
للاجر لان المعقود عليه وصف في المحل فكان حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع
وذكر في النهاية ان القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس لاستيفاء البدل
وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال
لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله اي كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه
فيه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضيخان وقال زفر ليس له حبس العين فيما لعمله اثر
لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فيسقط حق الحبس به

فان

فان حبسها للاجر فضاعت فلا ضمان ولا اجر عند ابي حنيفة اما انه لا ضمان
فلانها امانة في يده واما انه لا اجر فلان المعقود عليه هلك قبل القبض
وقالا ان شاء المالك ضمنه مصبوغا وله الاجر لان المبيع وهو العمل صار مسلما
بتسليم بدله اليه او غير مصبوغ ولا اجر لان العمل لم يصر مسلما اليه ومن
لا اثر لعمله فيها اي في العين كالحمال والملاح وغاسل الثوب ليس له حبسها
للاجر لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه ولا
له اثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه فان حبسه فهو غاصب كذا في الاختيار
قال صاحب النهاية والحمال روي بروايتين بالحاء المهملة من الحمل وبالجيم
وهو مكاري الجمل وكان قيده شيخي بالجيم انتهى وقال صاحب الهداية و
غسل الثوب نظير الحمل قال صاحب النهاية وقد ذكرنا من رواية المبسوط
ان احداث البياض في الثوب بمنزلة عمل صانع له اثر في العين فعلى تلك
الرواية لا يكون الغسل نظير الحمل وذكرنا ايضا من رواية قاضيخان
ان الاصح هو بمنزلة عمل له اثر في العين وان لم يستعمل فيه النشا انتهى
يقول الفقير وقد نقلته اجمالا ان شئت تفصيله فراجع بخلاف راد الآبق
فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله اثر فيه لانه كان على شرف الهلاك فاحياه بالرد
فكأنه باعه من مولاه فكان له حق الحبس واذا اطلق الموجر العمل للصانع ولم يقيده
بعمله فله ان يستعمل غيره لان المعقود عليه عمل في ذمته فيمكن ايفاؤه بنفسه
وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين وان قيد بعمله بنفسه كما اذا قال اخيط
بيدك فلا اي فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه عمله بنفسه فيستحق عينه
ولا يقوم غيره مقامه ومن استاجر رجلا ليجيء بعياله من البصرة مثلا فذهب
فوجد بعضهم اي بعض العيال قد مات فاتى بمن بقي من العيال فله اجره بحسابه
ان كان عياله معلومين وان لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر قال
صاحب النهاية هكذا حكي عن الهندواني واذا استوجر لايصال طعام الى
زيد فوجده ميتا فرده اي الطعام فلا اجر له اتفاقا من علمائنا الثلاثة و
قال زفر له الاجر لان الاجر بمقابلة حمل الطعام وقد وفى بالشروط فاستحق
الاجر عليه ثم هو رده عليه ليس بجان فلا يسقط حقه في الاجر وكذا
لو استوجر لايصال كتاب الى زيد فرده اي الكتاب لموته عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد له اجر ذهابه لانه اوفى بعض المعقود عليه
وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل بقطع المسافة لما فيه من المشقة
دون حمل الكتاب لخفة مؤنته بخلاف حمل الطعام لان الاجر فيه مقابل بالحمل
دون قطع المسافة لان في حمل الطعام مؤنة ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب
لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو علمه بما في الكتاب لكن الحكم تعلق بنقل
الكتاب وقد نقضه برد الكتاب بلا تسليم الى اهل الميت فيسقط الاجر
ويصير كالخياطة اذا خاط الثوب ثم نقضه فانه لا اجر له ولو تركه
اي الكتاب هنالك للورثة فله اجر الذهاب اجماعا لانه اتى باقصى وسعه
قال صاحب الهداية في صورة المسئلة وان استاجره
ليذهب بكتابه الى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا
فرده فلا اجر له وقال صاحب النهاية وقيد المجيء بالجواب لانه لو لم يشترط عليه
المجيء بالجواب فرد الكتاب فيما اذا كان ميتا او غائبا فانه يستحق الاجر كملا
واما اذا رد فلا اجر له يقول الفقير ترك المص هنا القيد اعتمادا على انفهامه
من علم تمام المقصود بدونه والحق انه لو صرح به لكان اسلم

ثم قال صاحب النهاية وقيد بانه وجده ميتا لانه اذا لم يجده ميتا فدفع اليه
وارتى بالجواب فله الاجر كملا لانه اوفى جميع المعقود عليه ولو كان المكتوب اليه
غائبا فدفعه الى اخر ليدفعه اليه ورجع بغير جواب فله اجر الذهاب لانه كان
مستاجرا لايصال الكتاب والمجي بالجواب فقد وجد الايصال بقدر الامكان
ولم يوجد المجي بالجواب فيجب اجر الايصال فقط وقيد باستيجار الرجل لايصال الكتاب
لانه لو استاجره لتبليغ الرسالة الى فلان ولم يجد المرسل اليه او وجده الا انه لم يبلغه
الرسالة ورجع ان له الاجر بالاجماع انتهى يقول الفقير لما اذا لم يجده فظاهر
واما اذا وجده الا انه لم يبلغه ففيه تامل كما لا يخفى ثم الفرق بين الرسالة
وقد ذكره صاحب النهاية بتفصيل ان شئت فراجعه هـ

باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر هنا ما
يجوز من الاجارة وما لا يجوز وصح استيجار الدار والحانوت وان لم يذكر
ما يعمل فيه اي في كل واحد منهما والقياس ان لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيه
لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحانوت لانها مختلفة
فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيه كاستيجار الارض للزراعة والثوب للبس
وجه الاستحسان ان العمل المتعارف في كل واحد منهما السكنى ولهذا يسمى
مسكنا فينصرف اليها لان المعروف كالمشروط ولانه لا يختلف باختلاف
الساكنين فجاز استيجار كل واحد منهما مطلقا بخلاف الارض والثياب لانهما
تختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان وله اي للمستاجر
ان يعمل كل شيء من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب
لان ذلك كله من توابع السكنى غير السكنى سوى ما يوهن البناء
كالحدادة والقصارة والطحن لان هذه الاشياء ضررها ظاهر في البناء
فعلى هذا لو كسر الحطب المعتاد للطبخ ونحوه يجوز لانه لا يوهن البناء وان زاد
على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك الا برضاء صاحب الدار وحاصله
ان كل ما يوهن البناء او فيه ضرر ليس له ان يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر
فيه جاز له ان يعمل بمطلق العقد ولو اقعد الحداد فانهدم البناء بعمله وجب عليه
الضمان لانه متعد ولا اجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم
وجب عليه الاجر استحسانا والقياس ان لا يجب لان هذا العمل غير داخل
تحت العقد وجه الاستحسان ان المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة و
اخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الاجر
بشرط السلامة وهو نظير ما لو استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليه
احد عشر وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر فكذا هنا وصح استيجار
الارض للزرع ان بين ما يزرع او قال على ان يزرع فيها ما شاء لان منفعة
الارض مقصودة وقد جرت العادة باستيجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها
غير انه ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانه
او يقول على ان يزرع فيها ما شاء كيلا يفضي الى المنازعة وان لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل
على ان يزرع فيها ما شاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس
كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفي الاستحسان ينقلب العقد صحيحا ويجب المسمى لان المعقود
عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت في وقت الزراعة كذلك وكانت
الجهالة في ذلك فعادت صحيحة ولهذا لو استاجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم البسه غيره عادت صحيحة

المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه كما في المغرب مجرد

وصح استيجار الارض للبناء والغرس اي غرس الاشجار لانهما منفعتان معلومتان
تقصدان بعقد الاجارة عادة فيصح كما لو استاجرها للزراعة واذا انقضت المدة
اي مدة الاجارة وقد بنى فيها او غرس لزمه ان يقلعهما اي البناء والغرس ويسلمها
فارغة عنهما لانه يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنائه وغرسه
ولا يمكن ذلك الا بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام
باجر او بغير اجر تضرر صاحب الارض فتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا استاجرها
للزراعة فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله
على ما يجي عن قريب ان شاء الله تعالى الا ان يغرم المؤجر قيمة ذلك اي البناء او الغرس
مقلوعا اي مستحق القلع ومعرفة قيمة ذلك ان يقوم الارض مع البناء المامور بالكم
بقلعه ويقوم وليس فيها هذا البناء فيفصل ما بينهما هو قيمة البناء والغرس
هكذا لان قيمة المقلوع ان يقوم من قيمة المامور بقلعه لكون المؤنة معروفة الى
كذا في ابن ملك نقلا عن الكافي فيتملكه برضاء صاحبه اي صاحب البناء او الغرس
ان لم تنقص الارض بالقلع وان كانت الارض تنقص بقلعه فبدون رضاه
ايضا اي يضمن المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه بدون رضاء صاحبه ايضا اي كما
يضمن برضاه ان كانت الارض تنقص بقلعه او يرضيا معطوف على قوله الا ان يغرم
المؤجر الى الا ان يرضى المؤجر والمستاجر بتركه اي بترك البناء او الغرس على الارض
فيكون البناء والغرس لهذا اي للمستاجر ويكون الارض لهذا اي للمؤجر
وحاصل المحل انه يجب على المستاجر اذا مضت مدة الاجارة ان يسلمها فارغة
الا اذا وجد احد الامرين اما ان يعطي المؤجر قيمة البناء او الغرس مقلوعا
ويتملكه وهذا الاعطاء والتملك يكون جبرا على تقدير ان ينقص القلع
الارض ويكون برضاء المستاجر على تقدير ان لا ينقص واما يرضى
المؤجر والمستاجر بترك البناء او الغرس في الارض فيكون البناء او الغرس
للمستاجر والارض للمؤجر يقول الفقير وقع في جميع الكتب التي رايناها
غير مجمع البحرين او يرضى بتركه بصيغة المفرد راجعا فاعله الى المؤجر لكن
المص ذكره بصيغة التثنية وقال او يرضيا والظاهر انهما في محلها بعلم بادنى
التامل تامل والرطبة كالشجر تقلع عند انتهاء مدة الاجارة لان الرطاب
لا نهاية لها فاشبهت الشجر والزرع يترك على الارض باجر المثل الى ان يدرك
لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين فيه بان يترك الى ان يدرك رعاية
لجانب المستاجر بتركه باجر المثل رعاية لجانب المؤجر وصح استيجار الدابة
للركوب والحمل وصح استيجار الثوب للبس لان الركوب والحمل منفعتان معلومتان
معتادتان من الدابة وكذا اللبس منفعة معلومة معتادة من الثوب فجاز
استيجارهما كسائر الاعيان فان اطلق الركوب او اللبس بان يقول على ان يركبها
من شاء او يلبسه من شاء فله اي للمستاجر ان يركب على صيغة المعلوم من
الافعال ويلبس من الافعال ايضا من شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس
فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشرط ان يفعل ما شاء فاذا اركب الدابة او البس
الثوب هو اي المستاجر نفسه او اركب الدابة او البس الثوب غيره تعين ذلك الاصل
فلا يستعمل غيره فصار كانه نص عليه من الابتداء وان قيد براكب او لابس خالف ضمن
لان التقييد مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف صار متعديا فيضمن
وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل حتى لو استاجر الفسطاط فدفعه الى غيره اجارة او اعارة
فنصبه وسكن فيه ضمن عند ابي يوسف لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده
وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار كالدار كذا في الزيلعي وما لا يختلف به اي باختلاف المستعمل

ح
فتقييده هدر لانه غير مفيد

ط ان تكلم صحيحا
على قوله الا ان يعطي صح
بصيغة التثنية صح

فلو شرط سكنى واحد جاز له ان يسكن غيره لعدم التفاوت في السكنى
وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج بدلالة العادة على ما مر
وان سمى ما يحمل على الدابة نوعاً وقدراً ككر بر فله حمل مثله كحنطة
اخرى غيرها مثلها او اخف منه كالشعير والسمسم لا ما هو اضر كالملح
لانه اذا رضي بشيء يكون راضياً بكل ما هو مثله او دونه دون ما هو اضر منه
والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان لانه يتصرف بالامر
فليس له ان يخالف الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم لو باع بالف
دينار لا ينفذ بيعه ووجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر ان لو كان مفيداً
ولا فائدة في هذه المسألة في التقييد بكر حنطة ومنه كر شعير اخف منه فكان
اولى بالجواز حتى قيل لو سمى مقداراً من الحنطة وزناً فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير
يضمن لان الشعير ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذه الحنطة فهو كما لو استعارها
ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطباً او تبناً واما مثل كيل الحنطة من الشعير فلا ياخذ
من ظهرها اكثر مما ياخذه الحنطة ولكن ذكر في الذخيرة في هذا ايضاً
عدم الضمان وقال وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحساناً ثم قال
وهو الاصح لان ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزناً
لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة فيكون اخف عليها بالانبساط
فيكون داخلاً تحت الاذن وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في النهاية
وان سمى قدراً من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديداً لانه اضر بالدابة
لان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة والقطن ينبسط على ظهرها
وان زاد على ما سمى فعطبت الدابة ضمن قدر الزيادة ان كانت الدابة
تطيق ما حملها يعني اذا استاجرها ليحمل عليها شيئاً مقدراً فحمل عليها اكثر منه
فعطبت يضمن ما زاد الثقل ان كانت تطيق مثل ذلك الحمل لانها هلكت بما هو ماذون فيه
وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم الضمان عليهما والا اي وان لم
تطق ما حملها فبكل القيمة اي يضمن كل القيمة لعدم الاذن فيه
لخروجه عن العادة فيكون اهلاكاً وفي الارداف يضمن النصف يعني
اذا استاجر الدابة ليركبها فاردف معه رجلاً فعطبت يضمن نصف قيمتها
ولا معتبر بالثقل اي بثقل احدهما من الاخر لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف
ويخف عليها ركوب الثقيل العالم بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته
بالوزن فتعلق بالعدد كعدد الجناة في الجنايات فانه اذا جرح رجل جراحة
واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما انصافاً لان رب جراحة
واحدة اكثر تاثيراً من عشر جراحات فكذلك ههنا سقط اعتبار الثقل لما ذكرنا
فاعتبر عدد الراكب هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت
لا تطيق ضمن جميع قيمتها كذا في الكافي قال الفاضل الزيلعي قالوا هذا اذا كان
الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيراً لا يستمسك يضمن بقدر ثقله قال
صاحب النهاية وقوله فعطبت بالارداف تقييد به احترازاً عما اذا حمل الراكب
على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع ثقل الذي حمله على عاتقه
يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة قال الفاضل الزيلعي ثم للمالك
الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع
ان كان مستاجراً والا فلا انتهى وان كبحها قال صاحب المغرب كبح الدابة باللجام ردها
وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة خلافاً لهما
فيما هو معتاد لان المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بالماذون فيه

وكذا

ولابي حنيفة ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما يضرب
او يكبح للمبالغة فيصار كضرب الزوجة بخلاف ضرب القاضي الحد او التعزير
او فصد الفصاد حيث لا يضمن اذا هلكت به لان الحد والتعزير واجب عليه
وكذا الفصد على الفصاد لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب
وان تجاوز بها اي بالدابة مكاناً سماه فعطبت ضمن ولا يبرأ عن الضمان بردها
اي الدابة الى ما سماه وان استاجرها ذاهباً وآيباً في الاصح يعني اذا استاجر
الى موضع فجاوز بها الى موضع اخر ثم ردها الى الاول ثم نفقت فهو ضامن
سواء استاجرها ذاهباً وجائياً او استاجرها ذاهباً لا جائياً في الاصح
وقال البعض انما يضمن اذا استاجرها ذاهباً فقط لا جائياً لان الاجارة
انتهت بالوصول الى ذلك الموضع فيضمن بالمجاوزة واما ان استاجرها ذاهباً
وجائياً فجاوز عن ذلك الموضع ثم ردها اليه لا يضمن كالمودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق قال صاحب الهداية الاطلاق اصح وقال صاحب الكافي
التقييد اصح واختار العصام قول صاحب الهداية والفرق بين الاجارة والوديعة
على رواية الاطلاق ان المودع مامور بالحفظ مقصوداً فبقي الامر بالحفظ
بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة يصير الحفظ
مامورا به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً
فلا يبرأ بالعود الى الوفاق وان نزع سرج الحمار واسرجه بما يسرج به مثله
لا يضمن يعني اذا اكترى حماراً مسرجاً فنزع سرجه فاسرجه بسرج يسرج به
الحمر لا يضمن وان اسرجه او اوكفه بما لا يسرج مثله بمثله اسرجه
او بما لا يوكف مثله بمثله او كفه به مثله فعطبت ضمن جميع قيمته
اما ان اسرجه بما لا يسرج مثله فلانه ليس الموافق للدابة واما ان اوكفه فان
كان الاكاف مما لا يوكف الحمار بمثله فظاهر واما ان كان مما يوكف الحمار بمثله
فلان الاكاف ليس من جنس السرج لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة اذا
عطبت كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة وهذا اي ضمان جميع القيمة بالايكاف
مطلقاً عند ابي حنيفة وقالا يضمن بقدر ما زاد وزنه على السرج فقط دون الجميع
قال الفاضل الزيلعي وقالا الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله يوكف الحمر
الا اذا كان زائداً على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه لانه والسرج سواء
فاذا رضي بالسرج يكون راضياً بمثله من الاكاف وجوابه ما ذكرنا ان الجنس مختلف
لان الاكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا
ينبسط الاخر فيصار نظير اختلاف الحنطة والحديد انتهى قال صاحب النهاية
ذكر هذه المسألة في الاجارات وقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد ومن
مشايخنا من قال في هذه المسألة اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة لانه لم يذكر في الجامع
الصغير انه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق
محمولاً على المقيد ومنهم من قال عن ابي حنيفة روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد
وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة وقال شيخ الاسلام خواهر زاده وهو الاصح
وتكلموا في معنى قول ابي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو احد الروايتين عن ابي حنيفة فقالوا
من مشايخنا من قال المراد هو المساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر
شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها وقيل معناه بحسابه في الثقل
والخفة حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها
وجعل هذا بمنزلة ما لو استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها
احد عشر مختوماً كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي انتهى

وان سلك الحمال طريقا غير ما عينه المالك مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه اي على الحمال
ان لم يتفاوت الطريقان لانه عند عدم التفاوت لا يصح التقييد لعدم الفائدة
وان تفاوتا اي الطريقان بالطول والقصر والصعوبة والسهولة او كان الطريق
الطريق الذي سلكه الحمال مما لا يسلكه الناس يقول الفقير لا حاجة اليه لان تفاوت
يغني عنه ويمكن دفعه بالتكلف تدبر او استاجر ليحمله في البر فحمله في البحر فتلف
ضمن لان التقييد مفيد اما اذا تفاوتا فظاهر واما اذا حمله في البحر فلان البحر متلف حتى ان المودع
ان يسافر بالوديعة في البر لا في البحر وان بلغ الحمال المنزل سالما فله الاجر لحصول المقصود كيف ما كان
وان عين زرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت الارض بزرع الرطبة لان الرطاب
اكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها وكان
الى شرع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استاجر دابة للركوب
او للحمل فاردف معه غيره او زاد المحمول على ما قدره المستحق حيث يجب عليه من الضمان بحصته
وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان وههنا لا يمكن
ان يجعل مستوفيا المنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه لان الجنس مختلف
وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس الا ترى انه لو استاجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل
عليها حديدا او ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة ولا اجر عليه لانه لما خالف صار
غاصبا حيث اشغل الارض بجنس آخر غير ما امره وان زرع فيها ما هو اقل
ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير غاصبا
وان امر بخياطة الثوب قميصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمينه اي قيمة الثوب
وبين اخذ القباء ودفع اجر مثله قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق
لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مفتوح على الطول لانهما يتقاربان في المنفعة
وعن ابي ح انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص وجه الظاهر انه قميص من وجه
فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل
الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصوره جهة الموافقة قال صاحب المغرب
القرطق قباء ذو طاق واحد لا يزاد على المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات
الفاسدة وكذا لو امر بخياطة سراويل فخاطه الاصح لوجود الاتحاد في اصل المنفعة
من حيث الستر ودفع الحر والبرد لوجود الموافقة في نفس الخياطة كما اذا دفع الى رجل
نحاسا فامره ان يضرب له طستا فضرب منه كوزا فانه يخير كما ههنا وقيل يضمنه ههنا
بلا خيار للتفاوت في النفع والهيئة هذا الذي ذكر في القباء والقميص اذا
تصادقا فاما ان اختلفا فقال صاحب الثوب امرتك ان تخيط قميصا وقال الخياط
لا بل امرتني ان اخيط قباء فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه فان حلف فالخياط
ضامن وان اقاما البينة فالبينة بينة الخياط لانه يثبت الاذن في خياطة القباء
والوفاء بالمعقود عليه والاجر في ذمة صاحب الثوب وهذا اذا اختلفا في العمل
ولو اختلفا في الاجر فالقول قول صاحب الثوب لانه منكر للزيادة
والبينة بينة الخياط لانها تثبت الزيادة كذا في النهاية

القرطق قباء ذو طاق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص كذا في الكفاية

باب الاجارة الفاسدة

لما فرغ من بيان احكام الاجارة الصحيحة شرع في بيان الاجارة الفاسدة وقدم الصحيحة
لانها موجودة باصلها ووصفها فكانت هي اولى بالتقديم من الاجارة
الفاسدة التي هي موجودة باصلها دون وصفها ولان الاصل في عقود
اهل الاسلام الصحيحة فكانت اولى بالتقديم يجب فيها اي في الاجارة الفاسدة
اجر المثل لا يزاد على المسمى هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى او لعدم التسمية
وان كان لجهالة المسمى او لعدم التسمية يجب اجر المثل بالغا ما بلغ

وكذا

وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمي دابة او ثوبا
وزفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لان المنافع غير متقومة بنفسها لان
التقوم يستدعي سابقية الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما
تقومت بالعقد شرعا للضرورة لشدة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب
الاجرة لعدم العقد والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد
منها الا ان الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه شبها له فكانت الضرورة باقية
من وجه لان كل احد لا يهتدي الى الصحيح فمست الحاجة الى الحاقه فيكون لها قيمة في حق
ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغا ما بلغ وفيما زاد على المسمى
لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فلا يتقوم وبقي على الاصل بخلاف البيع لانه متقوم
بنفسه فيجب قيمته بالغة ما بلغت ولانها للمجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغا ما بلغ
ومن استاجر دارا كل شهر بكذا صح العقد في شهر واحد فقط
وفسدت في الباقي لان كلمة كل اذا دخلت على المجهول والافراد غير متناهية انصرف
الى الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور مجهول
ومحصور ترجيح بلا مرجح اذ الواحد منها معلوم متيقن فصح العقد فيه
واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح وهل
يلزم ان يكون النقض بحضرة الآخر او لا اختلف فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير
محضر صاحبه على قول ابي ح ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول
انه لا يصح بغير محضره بلا خلاف كذا في العناية الا ان يسمي جملة الشهور مثل
ان يقول آجرتها عشرة اشهر كل شهر بدرهم لانه اذا بين الشهور وعين حصة كل
منها صارت المدة معلومة وارتفع المانع من الجواز وهو الجهالة وكل شهر يسكن
المستاجر منه اي من الشهر ساعة صح فيه اي في ذلك الشهر يعني اذا آجرها كل شهر
بكذا صح في شهر واحد وصح ايضا في كل شهر سكن في اول ساعة وسقط حق الفسخ
يعني لا يكون للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي ذلك الشهر لانه صار معلوما فتم العقد
فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الانفراد بالنقض وهذا قول بعض المشايخ وهو
القياس وظاهر الرواية بقاء اي بقاء حق الفسخ في الليلة الاولى من الشهر
ويومها وهو يعني لان في اعتبار الساعة حرجا عظيما والمنصوص هو الفسخ
في راس الشهر وهو عبارة عن الليلة ويومها عرفا الا ترى الى ما ذكره
محمد في كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين فلان راس الشهر فقضاه في
الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها لم يحنث استحسانا وان آجرها الى
سنة بكذا صح وان لم يبين قسط كل شهر لان المنفعة صارت معلومة
ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح وان لم يبين قسط كل شهر كما اذا آجر
شهرا ولم يبين قسط كل يوم فاذا صح وجب ان يقسم الاجرة على الاشهر
على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان وابتداء المدة ما سمي
بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا والا وان لم يسم شيئا فوقت العقد
اي ابتداء المدة وقت العقد لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله
يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الآجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف
لا يكلم فلانا حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم فكذا ههنا يعتبر الابتداء
بعد الفراغ من العقد فان كان العقد حين يهل الهلال بضم الياء وفتح الهاء على
البناء للمفعول يعني يبصر الهلال يعتبر بالاهلة يعني يعتبر شهور السنة كلها
بالاهلة لان الاهلة اصل في الشهور دون الايام قال الله تعالى قل هي مواقيت
للناس والحج وقال صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته

والا اي وان لم يكن العقد حين يهل الهلال فبالايام اي يعتبر شهور السنة بالايام
لان الايام بدل عن الاهلة فاذا تعذر اعتبار الاصل يصار الى البدل
وعند محمد الشهر الاول يعتبر بالايام والباقي يعتبر بالاهلة يعني فيما
اذا كان ابتداء الاجارة في اثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير
ويعتبر الباقي بالاهلة لان الاهلة هي الاصل في الشهور بدليل ما تلونا
وبما روينا والايام بدل عنهما ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الاصل
ولا تعذر الا في الشهر الواحد وهو الاول وقد امكن تكميله من الاخير
فيكمل ويبقى غيره على الاصل وله انه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالهلال تعذر
الباقي ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه والا لزم ان يكون
الشهر الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الاول وهو محال
فاذا كمل الاول من الثاني انتقض الاخير فوجب تكميله من الذي يليه وكذا
كل شهر الى اخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة وثمرة الخلاف تظهر في نقصان
الاهلة عن ثلثين وتمامها فعنده اي ح اذا اعتبر كلها بالايام لا تنقضي
مدة الاجارة حتى تتم ثلثمائة وستون يوما وعند محمد يعتبر الاول
بثلثين يوما ويكمل بالاخير والباقي وهو احد عشر شهرا يعتبر بالاهلة
على حسب نقصان كل واحد منها من ثلاثين وتمامه عليه تدبر
وابو يوسف معه في رواية ومع الامام في رواية الاخرى وكذا العدة
قال صاحب الهداية ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية
هذه حوالة غير رائجة فان مثل هذا الاختلاف على ان الشهور كلها
عند ابي ح بالايام وعندهما الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يمر في
الطلاق ما يتعلق به انتهى وقال صاحب العناية وهو سهو منه لان صاحب
الهداية قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة
وان كان في وسط فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي ح
وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات
ويجوز اخذ اجرة الحمام لما روي انه صلى الله عليه وسلم دخل الحمام في الجحفة
ولتعارف الناس قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله
حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روي عن عمارة بن عقبة انه قال
قدمت على عثمان بن عفان فسألني عن مالي فاخبرته ان لي غلمانا لهم غلة
وحماما له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام وقالوا انه بيت الشيطان
وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه تكشف فيه العورات
وتنصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال والنساء
حيث قالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن ممنوعات عن الخروج وقد امرن
بالقرار في البيوت فاجتماعهن قلما يخلو عن الفتنة وقد روي ان نساء
دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللواتي يدخلن الحمامات
وامرت باخراجهن من عندها والصحيح انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء
جميعا للحاجة الى ذلك خصوصا في ديارنا والحاجة في حق النساء اظهر لانهن
تحتجن الى الاغتسال عن الحيض والنفاس والجنابة ولا يمكن ذلك في الانهار
والحياض وقد صح في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة
وتاويل ما روي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة واما مع الستر
فلا باس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة في غلة الدور
والحوانيت ويجوز اخذ اجرة الحجام لما روي انه صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى اجره

ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا
فانعقد اجماعا وقالت الظاهرية لا يحل لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس
وكسب الحجام وقفيز الطحان قلنا هذا الحديث منسوخ بما روي انه صلى الله عليه وسلم
قال له رجل ان لي عيالا وحجاما افاطعم عيالي من كسبه قال نعم فالرخصة
بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ودل عليه حديث ابن عباس انه احتجم رسول الله
صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما يحل اكل
الحرام لا يحل ايكاله كذا في النهاية لا يحل اخذ اجرة عسب التيس العسب بفتح العين
وسكون السين المهملتين ضراب الفحل وماؤه واعطاء الكراء على الضراب والفعل
ضرب والتيس بفتح التاء الفوقانية وسكون الياء التحتانية والسين المهملة
الذكر من الظباء والمعز وجمعه تيوس واتياس وتياس ومشيخة كذا في القاموس
والمراد من عسب التيس هنا ضراب الفحل والمعنى لا يجوز اخذ اجرة ضراب الفحل
لانه اخذ المال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له فيكون العقد عليه باطلا
لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء وهو الاحبال فان ذلك ليس في وسعه والحاكم
انه يبتني على نشاط الفحل ايضا ولقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عسب التيس
ومهر البغي وكسب الحجام لكن الحديث انتسخ في كسب الحجام بدليل ما ذكرنا انفا
فيكون معمولا به في عسب التيس ومهر البغي ولا يجوز اخذ الاجرة على الطاعات
كالاذان والحج والامامة وتعليم القرآن وتعليم الفقه وقال الشافعي يجوز
في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه
عبادة لا ينافي ذلك الا ترى انه يجوز الاستيجار على بناء المسجد واداء الزكاة
وكتابة المصحف وكتب الفقه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اقرأوا القرآن
ولا تاكلوا به وعهد صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا
فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له ان ياخذ
الاجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم
الا انه بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف
بناء المسجد واداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير
وكذا الاجر يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط اهلية المأمور
فيها بل اهلية الآمر حتى جاز ان يستاجر الكافر فيها ولا يجوز فيما نحن فيه
والاصل فيه ان كل شيء جاز ان يستاجر الكافر عليه جاز ان يستاجر المسلم وما لا فلا
اعترض عليه بالحج عن الغير لانه يجوز ويقع عن الآمر لا عن العامل في الصحيح واجيب بانه
ثبت بالنص على خلاف القياس بحديث الخثعمية وغيره من الآثار الدالة عليه
ولا يجوز اخذ الاجرة على المعاصي كالغناء والنوح والملاهي لان المعصية لا يتصور
استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير ان يستحق هو على الاجير شيئا اذ
المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ولو استحق عليه المعصية
لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله
عن ذلك علوا كبيرا وفي المحيط لكن في كتاب الاستحسان اذا اخذ المال
من غير شرط يباح لانه اعطاه المالك طوعا من غير عقد ويفتى اليوم بالجواز اي
بجواز اخذ الاجرة على الامامة وتعليم القرآن والفقه والاذان وهو مذهب
المتاخرين من مشايخ بلخ حيث قالوا بنى اصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا
من رغبة الناس في التعليم والامامة والاذان بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين
في مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط وطلب واما في زماننا فقد انقطع العطيان
جميعا فنقول يجوز الاستيجار عليها كيلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات

الاترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعة من زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر ثم
حتى منعهن عمر رضي الله عنه فكان ماراه صوابا و الحاصل انهم جوزوا الاستيجار
على تعليم القرآن اذا ضرب لذلك مدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار
اصلا او عند الاستيجار بدون ذكر المدة افتوا بوجوب اجر المثل و قالوا وانما
كره تعليم القرآن بالاجر في الصدر الاول لان حملة القرآن كانوا قليلين فكان
التعليم واجبا حتى لا يذهب القرآن واما في زماننا فقد كثر حملة القرآن فلم
التعليم واجبا فجاز الاستيجار عليه و ذكر الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل
البخاري رحمة الله عليه كان المتأخرون من اصحابنا يجوزون ذلك ويقولون انما كره
المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما
لا بد لهم من امور معايشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة وقد
انعدمت و كذا يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه في زماننا وفي روضة
الزندويستي كان شيخنا ابو محمد الخيزاخزي يقول في زماننا يجوز للامام والمؤذن
والمعلم اخذ الاجرة كذا في النهاية يقول الفقير بعون الله الملك القدير
وبهذا علم ان الاستيجار على قراءة الاجزاء القرآنية على ما هو المعتاد من استيجار
قارئ على ان يقرأ جزء من القرآن العظيم كل يوم بشرط ان يعطي المستأجر القارئ
درهما ونصف درهم او اقل او اكثر في كل يوم اجرة له غير صحيح اصلا
بل هو استخفاف بالقرآن العظيم و الفرقان الكريم ما دل على جواز نقل بل حل اخذ حكم
جواز عقل و قوله صلى الله عليه وسلم اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به فانه
صريح فيما قلنا و ما قال البعض من انه بطريق الصلة يكذبه اهتمام المستأجر بقراءته
وعدم اعطاء ما عين له على تقدير ان لا يقرأ و الحق انه لا طريق الى جوازه بوجه
من الوجوه بل يخاف ان يكون مثل هذا المستأجر والمؤجر مظهرا لغضب صاحبه
جل جلاله وعم نواله والعلم في الحقيقة اليه تعالى و لو استأجر من له القصاص
رجلا ليقتل له فلا اجر له خلافا لمحمد و لو استأجر القاضي رجلا ليقوم في مجلس
القضاء ويقيم الحدود جاز كذا في الزيلعي و يجبر المستأجر على دفع ما سمي
وتحبيسه ويصح على دفع الحلوة المرسومة ان المعروف كالمشروط
والحلوة بفتح الحاء المهملة لغة استعملها اهل ما وراء النهر وهي هدية
تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة
اهداء الحلاوة و في عقد لا تصح اجارة المشاع الا من الشريك عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما تصح اجارة المشاع مطلقا سواء كانت من الشريك او من غيره هو
وصورتها ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من الشريك او من غير الشريك
لهما ان للمشاع منفعة و تسليمه ممكن بالتخلية او بالتهائي و لهذا يجب اجر المثل وما لا ينعقد
يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم
القدرة على التسليم منتف لانه ممكن بالتخلية او بالتهائي كما لو كان
قضاء كما اذا اجر من شريكه او من رجلين و لابي حنيفة ان المقصود من الاجارة
الانتفاع و الانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان
المقصود فيه الملك و هو امر حكمي فامكن فيه فيجوز و الانتفاع حسي
فلا يمكن بمشاع فيبطل و التخلية اعتبرت تسليما لفعل يمكن من الانتفاع وفي
المشاع لا يتمكن من الانتفاع ولا من القبض فكيف يجعل تسليما و لا معتبر
بالتهائي لانه يستحق حكما للملك المنفعة فيها انه عند الحاجة الى القسمة
بعد الملك لان حكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط بجواز العقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يتصور ان يكون شرطا لثبوت كونه حكما فتسلسل

مطلب عدم جواز قراءة الاجزاء القرآنية لعدم وجدان تصحيح النية

مطلب اجرة الكاتب في القضا

بخلاف ما

بخلاف ما اذا اجر من شريكه لانه لا يشيع في حقه اذ الكل في يده غير ان النصف
بحكم الملك والنصف الآخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد
الحاجة على انه روي عنه انه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد
لا يتاتى الا بغيرها وهي منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد و بخلاف ما اذا
اجر رجلين لان العقد اضيف الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما
لتفرق الملك فيما بينهما وهو طارئ و ان اجر دارا من رجلين صح اتفاقا لما ذكر
انفا ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ و يجوز استيجار
الظئر باجر معلوم و القياس ان لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن
قصدا كما استيجار البقرة او الشاة ليشرب لبنها او البستان لياكل ثمره وجه
الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل
كان جاريا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وقبله فاقرهم عليه وانعقد الاجماع
عليه ولا نسلم ان العقد يرد على العين بل على المنفعة وهي حضانة الصبي في
تلقيمه ثديها وتربيته وخدمته واللبن وانما لا تستحق الاجرة اذا
ارضعته بلبن الشاة لانها لم تات بالواجب وهو الارضاع وتلقيم ثديها
والعين قد تدخل تبعا للمنفعة كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب
فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد يرد على المنفعة وهي فعل الصباغ
لا على استهلاك العين بخلاف استيجار البقرة او الشاة ليشرب لبنها لانه ليس فيه
عقد اجارة ورد على العين مقصودا فافترقا وقيل المعقود عليه اللبن
لقيام مصالح الصبي وهي منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هو
هكذا رواه ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة
دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه
بعقد الاجارة ولهذا لو ارضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجرة هو
والى هذا القول مال شمس الائمة وقال وهو الاصح والاول اشبه بالفقه
واقرب اليه و قال في الكافي وهو الصحيح كذا في الزيلعي و كذا يجوز استيجارها
بطعامها وكسوتها عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو قول الشافعي وهو القياس
لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للطبخ والخبز و لابي حنيفة
ان الجهالة هنا لا تفضي الى النزاع لان العادة جرت بالتوسعة على الاظآر
شفقة على الاولاد ولا يشاحها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها
والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز من صبرة طعام
بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لان جهالتهما تفضي الى المنازعة لجريان المماكسة
والمضايقة فيهما و في الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة
واجلها وبين ذرعها فهو جائز بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم
ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام
وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله و يشترط بيان مكان الايفاء
عند ابي حنيفة خلافا لهما و في الكسوة يشترط بيان الاجل مع بيان القدر والجنس
لانها انما تصير دينا في الذمة اذا صارت مبيعة وانما تصير مبيعة عند الاجل كما في
كذا في الهداية وعليها اي على الظئر غسل الصبي وغسل ثيابه واصلاح طعامه ودهنه
بفتح الدال اي جعل الصبي مطليا بالدهن بالكسر لان خدمة الصبي واجبة عليها والاشياء
المذكورة منها عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه لا ثمن شيء منها يعني ليس عليها ثمن طعامه
ودهنه وثيابه بل هو على ابيه واجرها اي اجر الظئر على من نفقته اي نفقة الصبي
عليه سواء كان والدا او غيره ممن يجب عليه نفقته و ما ذكر محمد من ان الدهن و
الريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة كذا في العناية هو

ع

جمع ظئر على فعال بكسر الفاء فتح الهمزة المصباح

السلم صح

ثم فرع على كون الاجر على من نفقته عليه بقوله فان ارضعته فى المدة اى مدة
الرضاع بلبن شاة او غذته من التغذية بطعام فلها اجرها فان اجر الارضاع
لما كان على من نفقته عليه كان ترك الارضاع حرمانا من الاجر والايجار بلبن الشاة
والتغذية بطعام ترك الارضاع لانه اشراب الصبى لبنها بادخال الحلمة فى فيه
فيكون قولهم فان ارضعته بلبن الشاة من قبيل المشاكلة والوفاق المناسب فان او جر
فى المحيط لو استاجر شاة لترضع جديا او صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة
فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز. وليس للبن المراة قيمة فلا يقع
الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة كذا فى الزيلعى
واذا دفعت الظئر الصبى الى خادمها حتى ارضعته فلها الاجر كاملا استحسانا
لانه لم يشترط عليها الارضاع مدة بخلاف ما اذا شرط عليها الارضاع بنفسها
لان العمل الراجع الى منفعة الصبى على الظئر فاذا شرط عليها الارضاع بنفسها
فارضعته خادمها لم تات بعمل تستحق عليها كذا فى النهاية يقول
الفقير وهذه المسئلة كانت واقعة الفتوى حيث استفتى فى سنة ست والف
من استاذنا شيخ الاسلام فى محروسة قسطنطينية فى التاريخ المزبور وهو المولى
الفاضل مولانا سعدى افندى استاد السلطان مراد الثالث من سلاطين العثمانية
فافتى بانها ليس لها الاجرة اذ شرط عليها الارضاع بنفسها فخاصم المولى
الفاضل مولانا عبد الحليم الشهير باخى زاده القاضى بعساكر اناطولى
يومئذ وقال لها الاجرة استدلالا بما ذكره فخر الدين قاضيخان
فى فتاواه قبيل باب الاجارة الفاسدة وهو قوله وان استاجر ظئرا
لترضع ولده بنفسها فارضعته بشدى جاريتها اختلفوا فيه والاصح
انها تستحق الاجر وبما قال فى الظهيرية فى الفصل الرابع فيما يجب على المستاجر
وهو قوله وان استاجر ظئرا للارضاع ولده بنفسها فارضعته بشدى جاريتها
اختلفوا فى وجوب الاجر والاصح وجوب الاجر وبما قال صاحب الفتاوى
البزازية وهو قوله وان استاجر امراة لترضع ولده فارضعته جاريتها
استحقت الاجر وان شرط ارضاعها بنفسها قيل والاوجه الاستحقاق
وبما قال صاحب الوجيز وهو قوله ولو ارضعته جاريتها او غيرها
فلها الاجر كاملا استحسانا ولو شرط ارضاعها فارضعته
جاريتها قيل لا تستحق الاجر وقيل تستحق وقيل تستحق وهو الاظهر
فاجاب استادنا شيخ الاسلام المزبور بما نقلته من الهداية وبما قال
صاحب البدايع حيث قال هذا اذا اطلق واما اذا قيد ذلك
بنفسها ليس لها ان ترضع اخرى لان العقد اوجب الارضاع بنفسها
فان استاجرت اخرى فارضعته لا تستحق الاجر وبما قال صاحب المحيط البرهانى
والذخيرة وهو قولهما واذا دفع الظئر الصبى الى خادمها حتى ارضعته
هل تستحق الاجر فقد اختلف المشايخ والصحيح انها لا تستحق الاجر
ثم قال فى اخر جوابه واذا نص اصحاب الترجيح فى
المسئلة المختلف فيها احد القولين لا يلزم منه ان يكون القول الاخر
مرجوحا مطلقا نعم ان بعض اصحاب الكتب المعتبرة رجح القول الاخر
على ان رجحان القول بعدم وجوب الاجر على مضمون قوله صلى الله عليه وسلم
الرضاع يغير الطباع ومضمون قولهم لبن الحمقاء يعدى فالظهر انه ينبغى
ومجاوبتها والعقل فى الحقيقة الى التنقل جل عن التوالى وعمالى

ولزوجها ان يجامع الظئر ويطاها يعنى ليس للمستاجران يمنع زوجها من وطئها
لان الوطى حق الزوج فلا يتمكن المستاجر من ابطال حقه الا فى بيت المستاجر
يعنى للمستاجران يمنعه من وطئها لان الوطى منزله لان المنزل ملكه فلا يجوز له ان يدخله
الا باذنه وله اى للزوج فسخها اى فسخ الاجارة ان لم يكن برضاه ان
كان نكاحه ظاهرا بين الناس او عليه شهود سواء كان الزوج ممن يشينه ان تكون
امراته ظئرا اولا لان هذه الاجارة توجب خللا فى حق الزوج وله ان يمنع امراته عما
يوجب خللا فى حقه لا ان اقرت به اى بالنكاح يعنى ليس له ان يفسخ الاجارة فيما
لم يكن النكاح ظاهرا بين الناس ولم يكن عليه شهود بل ثبت باقرارها لان العقد
قد لزمها وقولها غير معتبر فى حق من استاجرها ولاهل الطفل فسخها اى الاجارة
ان مرضت الظئر او حبلت لان لبن المريضة والحامل يضر بالولد قال الفاضل
الزيلعى وهى ايضا يضرها الارضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها
وعن الصبى وكذا لو تقيأ لبنها لان التقيئ مضر بالصبى وكذا اذا
كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم وعلى حلى الصبى وكذا اذا كانت
فاجرة بائنا فجورها لانها تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة
لان كفرها فى اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبى وقال صاحب النهاية ولا
يبعد ان يقال عيب الفجور هنا فوق عيب الكفر الا يرى انه كان فى نساء
بعض الرسل كافرة كامراتى نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امراة نبى قط
هكذا قال صلى الله عليه وسلم انتهى وكذا اذا كان الصبى لا ياخذ ثديها
كان لهم ان يفسخوا الاجارة وكذا للظئر ايضا ان تفسخ الاجارة اذا
كانت تحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة بالارضاع وانه يعيرها لانها
لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلى به من المقاساة والشدائد وكذا
اذا اعيروها به كان لها الفسخ ولو مات الصبى او الظئر انتقضت الاجارة ولو مات
ابو الصبى لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبى لا للاب سواء كان له مال اولا
ولو سافرت الظئر او اهل الصبى تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا خرج الاخر
كذا فى الزيلعى وفسد استيجار حائك لينسج له غزلا بنصفه او حمال
ليحمل عليه طعاما بقفيز منه اى من الطعام او ثور ليطحن له بر القفيز من دقيقه
وهذا الاخير يسمى قفيز الطحان وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه لانه
جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله والاولان فى معناه فيكونان منهيين ايضا
والمعنى ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير وانعدم
فى الحال وليس له حكم الوجود لانه غير واجب فى الذمة لانه انما يجب فى الذمة ما كان
فى العالم والبدل فى المعاملات يجب ان يكون موجودا حقيقة كالعين او حكما
كالثمن والحيلة فى ذلك لمن اراد الجواز ان يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق
الجيد ولم يقل من هذه الحنطة لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها
يجب فى الذمة ثم اذا جاز يعطيه دقيق هذه الحنطة ان شاء وقال فى الذخيرة
ومشايخ كنصير بن يحيى ومحمد بن سلمة كانوا يفتون بجواز هذه الاجارة فى الثياب
لتعامل اهل بلدهم فى الثياب والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الاثر وتجويز
هذه الاجارة فى الثياب للتعامل يعنى تخصيص النص الذى ورد فى قفيز الطحان
لا فى الحائك لان الحائك نظيره فيكون واردا فيه دلالة فمتى تركنا العمل به
النص فى الحائك وعملنا بالنص فى قفيز الطحان كان تخصيصا لا تركا اصلا وتخصيص النص
بالتعامل جائز الا يرى انا جوزنا الاستصناع بالتعامل تخصيصا منا للنص الذى ورد
فى النهى عن بيع ما ليس عند الانسان لا تركا للنص لانا عملنا بالنص فى غير الاستصناع

قالوا وهذا بخلاف ما لو تعامل اهل بلدة على قفيز الطحان فانه يجوز ولا يكون التعامل
حجة لانا لو اعتبرنا تعاملهم كان تركا للنص اصلا ومتى انتسخ النص فيما ورد فيه لا يجوز
العمل بدلالته في غير ما ورد فيه فكان تركا للنص اصلا بالتعامل ولا يجوز ترك النص اصلا
وانما يجوز تخصيصه ولكن مشايخ بلخ لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل
اهل بلدة واحدة وتعامل اهل بلدة واحدة لا يخصص الاثر لان تعامل اهل
بلدة واحدة ان كان يجوز التخصيص فترك التعامل من اهل بلدة اخرى يمنع التخصيص
فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف الاستصناع فانه وجد فيه التعامل في
البلاد كلها كذا في النهاية . وفيه تفصيل اخر يتعلق بما نحن فيه ان
شئت فراجعه . ويجب اجر المثل في الكل لا يجاوز المسمى .
لانه رضي بحط الزيادة على احدهما من المسمى ومن اجر المثل اما رضاه بالمسمى
فعقده عليه دليل على رضاه به . واما رضاه باجر المثل فلاقدامه على الاجارة
الفاسدة والاجارة اذا فسدت فالواجب اجر المثل . وهذا بخلاف ما اذا
اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى
وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط . واما عند ابي يوسف
لا يجاوز باجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك .
وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الاخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا
جميعا فهما شريكان على السواء كذا في النهاية والعناية .
وان استاجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد عند ابي حنيفة للجهالة في المعقود عليه
لان ذكر الوقت يقتضي كون المعقود عليه المنفعة وذكر العمل مع
تعيين الدقيق يقتضي كونه العمل وذكر الوقت للتعجيل ولا ترجيح لاحدهما على الاخر ومع ان
نفع المستاجر في وقوع الاجارة على العمل لانه لا يستحق الاجر الا به لكونه اجيرا
مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجر بمضي المدة عمل او لا
فيفسد العقد ولو كان المعقود عليه كليهما اي العمل هنا والعمل مستغرقا لهذا
اليوم فهو غير متعذر عادة بل هو نفس الامر ايضا لان الاستحقاق بمجرد تسليم النفس
لا يجامع الاستحقاق في مقابلة العمل خلافا لهما لانه يجعل المعقود عليه العمل
حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل
في الغد لانه المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل جاز العقد ويجعل
ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استاجره للعمل على ان يفرغ منه
في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد .
ولو قال في اليوم بكلمة في صح اتفاقا لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق
فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضي الاستغراق وقد
نظره في قوله انت طالق غدا او في الغد . ولو استاجره ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ
منه اليوم يجوز ايضا بالاجماع . والفرق بينها وبين الاولى لا يصح ان اليوم هنا
لم يذكر الا لاثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصود بالعقد الا ترى
انه لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب لم يكن الكتابة والخبز معقودا عليهما مقصودا
حتى لا يقابلهما شيء من الثمن واما في مسألة الكتاب ذكر اليوم مقصودا كالعمل وقد اضيف
العقد اليهما على السواء وليس احدهما في جعله معقودا عليه باولى من الاخر لاختلاف
اغراض المستاجرين ورغباتهم لان منهم من يميل الى الوقت طمعا في زيادة العمل
ومنهم من يميل الى العمل تخلصا من بطالة المال بمضي الوقت بلا عمل وقد يختلف غرض
الاجراء ايضا فمنهم من يميل الى العمل كي يفرغ منه بالعجلة ويشتغل بعمل اخر او يستريح
ومنهم من يميل الى الوقت كي يستحق الاجرة وان لم يعمل فلا يترجح احدهما على الاخر فيفسد

وان استاجر

وان استاجر ارضا على ان يكربها الكراب بالراء المهملة والباء الموحدة قلب الارض
للحرث ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة
مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا بالكراب والسقي فلا يفسد العقد به .
وان استاجرها على ان يثنيها اي على ان يكربها مرتين او على ان يكري نهرها
اي يحفره او يسرقنها اي يجعل السرقين عليها لا يصح لان اثر هذه الافعال
يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة وليست من مقتضيات العقد وفيها نفع صاحب
الارض فيفسد كالبيع ولان موجر الارض يصير مستاجرا المنافع على وجه يبقى
بعد المدة فيصير صفقة في صفقة وهي مفسدة ايضا لكونها منهيا عنها حتى لو كان
بحيث لا يبقى لفعله اثر بعد انقضاء مدة الاجارة بان كانت المدة طويلة او كان
الريع لا يحصل الا به لا يفسد لانه يكون مما يقتضيه العقد لان من الاراضي ما لا يخرج
الريع الا بالكراب مرارا وبالسرقين وقد يحتاج الى كري الجداول ولا يبقى اثره الى
القابل عادة بخلاف كري الانهار لان اثره يبقى الى القابل عادة قال الفاضل الزيلعي
وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كري الانهار لان مطلقها يتناول الانهار
العظام دون الجداول . وكذا لا يصح الاستيجار ان استاجر الارض للزراعة بزراعة
ارض اخرى يعني لو استاجر الارض ليزرعها بارض اخرى ليزرعها الاخر مقابلتها
لا يصح . والركوب بركوب يعني لو استاجر دابة ليركبها بدابة اخرى ليركبها
الاخر مقابلتها لا يصح ايضا . والسكنى بالسكنى يعني لو استاجر دارا
ليسكنها بدار اخرى ليسكنها الاخر مقابلتها لا يصح ايضا . واللبس باللبس
يعني لو استاجر ثوبا ليلبسه بثوب اخر ليلبسه الاخر مقابلته لا يصح ايضا .
وقال الشافعي جميع ذلك جائز . ولنا ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة
وذا غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئة والجنس
بانفراده يحرم النسيئة عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النساء
في الجنس المختلف ليس بحرام كذا في الكافي . قال صاحب الدرر اقول فيه بحث لان
ظاهر ان قوله لان النساء في الجنس المختلف ليس بحرام يخالف لما قال في
باب الربا ان وجد القدر والجنس حرم الفضل والنساء لوجود العلة وان وجد
احدهما وعدم الاخر حل الفضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او برا
في شعير وان عدما حل الفضل والنساء فان البر والشعير جنسان مختلفان
وقد حرم النساء فيه . ودفع ان مراده بالجنس المختلف ما لا يكون فيه قدر كبيع
حفنة بر بحفنتي شعير حيث جاز فيه النسيئة لاختلاف الجنس وانتفاء القدر
كما مر في بابه . وههنا كذلك فان جنس النفع اذا اختلف وليس النفع
من المقدرات الشرعية لم يحرم النساء لانتفاء جزئي العلة فيكون هذا داخلا
في قوله وان عدما حل الفضل والنساء هذا . وقد علل في المحيط عدم الجواز اذا
اتحد الجنس بان المنافع معدومة في الطرفين نساء لا عينا والنبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الكالي بالكالي الا انه خص منه خلاف الجنس بالاجماع انتهى
يقول الفقير والاولى في علة عدم جواز جميع ما ذكر ان الاجارة مع كون القياس عدم
جوازها انما شرعت للحاجة ولا حاجة الى استيجار المنفعة بجنسها لاستغنائه بما عنده
ولا كذلك عند اختلاف الجنس قال صاحب الاشباه ولفقد ما شرعت الاجارة
له لو جعل المنافع اجرة عند اتحاد الجنس قلنا لا يجوز كما اذا اجر دارا ليسكنها بسكنى
دار اخرى او دابة ليركبها بركوب دابة اخرى وقلنا الاجارة على منفعة غير مقصودة
من العين لا تجوز للاستغناء عنها بالعارية كما لو استاجر دابة ليظن الناس انها
له او نخلا ليبسط ثوبه عليها لان تلك المنافع غير مقصودة انتهى .

الجداول جمع جدول وهو النهر الصغير الحقير

يعني متنا ومعنا شرحا فافهم م

ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن ابي يوسف انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى منفعة المستوفي منفعة وهي ليست بمال متقوم ووجه ظاهر الرواية انه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فيضمن كما اذا لم يسم الاجر وان استاجر شريكه او حمار شريكه لحمل طعام هو بينهما لا يلزم الاجر يعني اذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي لا يجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع فيجوز في الشايع كبيع الاعيان خصوصا على اصله لان المنفعة كالعين عنده فصار كما لو استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا ان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شايعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشايع ولهذا يحرم وطي الجارية المشتركة لانه فعل حسي لا يتصور وجوده في الشايع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيتصور وروده على الشايع واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر كما اذا استاجر الراهن من المرتهن يعني كما لا يجوز للراهن استيجار الرهن من المرتهن لان الرهن ملك الراهن والمرتهن ليس بمالك له حتى يوجر منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع بعوض ولا يتصور من غير المالك لانه فضلا عليك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن من الانتفاع به من حيث انه مالك له اذ الملك هو المطلق للتصرف الا انه منع بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا ابطل حقه بالايجار صار منتفعا به على انه ملكه لزوال المانع وان استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او لم يبين ما يزرعها لا يصح ان لم يعمم لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضرها فما لم يبين شيئا لم يعلم المعقود عليه الا ان يعمم له بان يقول على ان تزرع ما شئت فيصح لوجود الاذن منه كذا في الكتب التي رايناها يقول الفقير يعني انه لو استاجر ارضا وقال على ان تفعل فيها ما شئت له يجوز ولا والقياس الجواز فان زرعها اي لو استاجرها بلا ذكر الزراعة او ما يزرع ومضى الاجل عاد العقد صحيحا وله المسمى استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا ابتداء فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بالزراعة فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وان استاجر حمارا الى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد اي ما يحمل الناس على مثله فنفق لا يضمن لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فلا يضمن ما لم يتعد فاذا لا يضمن ولا اجر عليه وان بلغ الحمار مكة فله المسمى لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليه فاذا حمل عليه شيئا يحمل على مثله تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد ان رفعا للفساد اذ الفساد باق قبل ان ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع فان اختصما قبل الزرع في مسئلة استيجار الارض وقبل الحمل في مسئلة استيجار الحمار نقضت الاجارة للفساد ان رفعا للفساد اذ الفساد باق قبل ان ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسئلة الاولى وبالحمل في المسئلة الثانية ولو استاجره ثم جحد الاجارة في بعض الطريق فعليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد رحمه الله يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا في الزيلعي

فصل

فصل

لما فرغ من بيان الاجارة شرع في بيان حكم الضمان بعد الاجارة والاجير نوعان اجير مشترك واجير خاص الاجير المشترك من يعمل لغير واحد معناه من لا يجب عليه ان يختص بواحد عمل لغيره او لم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره قال الفاضل الزيلعي وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدهما فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وقال الفقيه وفي المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص هو الذي يستحق بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يؤول الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما ان المشترك له ان يتقبل العمل من اشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل او اثره فكان له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والاجير الخاص لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستاجر والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل انتهى وقال صاحب الدرر في تعريف الاجير المشترك وهو من لا يعمل لواحد او يعمل له عملا غير موقت فانما اذا استاجر رجلا وحده للخياطة او الخبز في بيته غير مقيد بيوم او بيومين كان اجيرا مشتركا وان لم يعمل لغيره او لواحد موقتا بلا تخصيص فانه اذا استاجر رجلا لرعي غنمه شهرا بدرهم ولا يقول لا ترع غنم غيري يكون اجيرا مشتركا وان قال ولا ترع غنم غيري حينئذ يصير اجيرا خاصا انتهى ولا يستحق الاجير المشترك الاجر حتى يعمل كالصباغ والقصار لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين العوضين فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر وهو العمل لا يسلم للاجير العوض وهو الاجر والمتاع في يده امانة لانه قبضه باذن المالك لمنفعته وهي اقامة العمل فيه له لا يضمن ان هلك سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بما لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والغارة لانه اذا كان امانة في يده لا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الواحد وان شرط عليه ضمانه لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله يعني لا يضمن ان هلك وان شرط عليه ضمانه يفتى ذكر في الخانية والتتمة ان الفتوى على انه لا يضمن سواء شرط عليه الضمان او لم يشرط وعندهما يضمن ان امكن التحرز عنه اي عن الهلاك كالغصب والسرقة بخلاف ما لم يمكن التحرز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب والعدو المكابر لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به ولا حفظ اذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا فترك الحفظ المستحق عليه تقصير من جهته فوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه لانه لا تقصير من جهته قال صاحب النهاية واما في الاجير المشترك اخذ بقول شريح لكن وقع الاختلاف فيه بين الصحابة روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع في يده وعن علي كرم الله وجهه انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما فلاجل اختلاف الصحابة اختار المتاخرون وافتوا بالصلح على النصف فكان في القول بالصلح على النصف عمل باقوال الصحابة رضي الله عنهم بقدر الامكان فان قلت بل فيه هذا القول وهو الفتوى على الصلح بالنصف ترك لاقوال الصحابة اجمع لا عمل بواحد منها فان الاختلاف منهم على القولين اجماع منهم على بطلان قول ثالث

لان كل فريق منهم يشهد على بطلان القول الثالث والصحابة في هذه المسئلة اختلفوا
على قولين لا غير اما بالضمان على الاجير المشترك ابدا بالضمان فكان القول بضمان
النصف قولا خارجا عن قول الفريقين فكان باطلا والذي يؤيد هذا الاشكال
ما ذكر في مسائل الوعد والوعيد في دفع قول المعتزلة بان اطلاق اسم
الفسق على صاحب الكبيرة مجمع عليه واطلاق ما وراء ذلك من اسم المؤمن والكافر
والمنافق مختلف فيه فاخذنا بالمجمع عليه وتركنا المختلف فيه هـ
فقيل في جوابه ان هذا باطل جدا لانهم اذا كانوا على ثلاثة اقوال كانوا مجمعين
على ان ما وراءها وهو القول الرابع باطل فكان هذا القول من المعتزلة قولا
اتفقت الامة على بطلانه فكذا هاهنا لما اختلفت الصحابة على قولين اتفقوا
على بطلان قول ثالث قلت الفرق بينهما من وجهين احدهما ان ما ذكره
وصاحب الكبيرة من المسائل الاعتقادية والذي نحن فيه من المسائل الاجتهادية
فلو لزم ذلك في المسائل الاعتقادية باعتبار ان القائل فيها يقول قائل بطريق
القطع والبتات على ان ما اعتقده حق وما اعتقده غيري باطل لا يلزم ذلك
في المسائل الاجتهادية لان القائل فيها لا يقول بصحة قوله على القطع والبتات
بل يقول بغلبة الظن على صحة قوله كما في مسائل التحري ويقول باحتمال
صحة قول الغير فلا يكون كل واحد من الفريقين قاطعا بان ما يقول غيري
باطل بل هو في حيز احتمال الصدق والثاني ان قولنا في هذا القول عمل باقوال
الصحابة صحيح ووجهه انا لما قلنا بالصلح على النصف كان ذلك منا حطا
للنصف بعد وجوب الكل والغاء لوجوب النصف كما كان فكان عملا
بقول من يقول بالضمان ثم لما قلنا بعدم وجوب النصف كان عملا في النصف
بقول من يقول بعدم الضمان واما ايجاب النصف فكان نظرا منا ابتداء باعتبار
المصالح بعا واقرب الناس اعانة من هلك ماله في يده فعلم هاهنا انه
عملا باقوال الصحابة بقدر الامكان ويضمن ما تلف بعمله اتفاقا
كتخريق الثوب من دقه مع دق القصار وزلق الحمال فان التلف الحاصل
من زلقه حصل من ترك التثبت في المشي وانقطاع الحبل الذي يشد
المكاري به الحمل فان التلف حصل من ترك التوثيق اي من ترك احكام شد
الحمل وغرق السفينة من مدها اي من مد الملاح السفينة هـ
وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا ضمان لانه امر بالفعل مطلقا
فانه استاجره ليدق الثوب مثلا ولم يزد ما يدل على السلامة وكذا غيره
والمطلق ينتظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب والمتخرق فيتضمن الثوب
والدق المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه
الا بحرج عظيم فيكون ملحقا بما ليس في وسعه كالفصاد والحجام والختان
ولنا ان التلف حصل بعمل غير ماذون فيه فيكون مضمونا كما
لو دق الثوب بغير امره وهذا لان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد
وهو العمل المصلح لان الاذن ثبت في ضمن العقد على السليم لان مطلق عقد
المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب فاذا تلف بعمله كان
التلف حاصلا بما ليس بماذون له فيه كما اذا وصف له نوعا
من الدق فاتى بنوع اخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد
بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الاعانة مخافة الغرامة وبخلاف
الفصاد ونحوه لان العقد فيه لم يتناول العمل المصلح لان نفس ذلك
العمل افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل ان لا يجاوز المعتاد

وبعد ذلك

وبعد ذلك السراية والافتصاد مبنيان على قوة المحل في احتمال الالم و
سيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسع معرفته والخارج عن الوسع
لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرز عن التخرق ممكن لانه في
وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق الا انه يبالغ
الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وانما يعتبر ذلك
في حقوق الله تعالى حتى اذا اجتهد واخطأ يكون معذورا لكن
لا يضمن الادمي ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة يعني لا يضمن
ادمي غرق في السفينة من مد السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه
او قوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية
قيل هذا اذا كان كبيرا يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو
كالمتاع والصحيح انه لا فرق ولا يضمن فصاد ولا بزاغ بالباء الموحدة
وبالزاء والغين المعجمتين من بزغ البيطار الدابة شقها بالمبزغ وهو مثل مشرط
الحجام وفي منصوص عمر بن عبد العزيز وينهاهم ان يتركوا احدا يركب
بمبزغ في سوط كذا في المغرب لم يجاوز المعتاد لانه التزم بالعقد
فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامع الضمان كما اذا حد القاضي
او عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب
ونحوه مما ذكرناه من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف بهما
ما يحتمل من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسلامة منه بخلاف الفصد
ونحوه فانه يبتني على قوة الطباع وضعفها ولا يعرف ذلك بنفسه الا بالحرج
فلا يمكن تقييده بالسلامة وهو غير السراية فسقط اعتباره الا اذا جاوز
المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف دية النفس
لانها تلفت بماذون فيه وغير ماذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف
حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرئ المقطوع يجب عليه دية كاملة
وان مات يجب عليه نصف الدية هذه المسئلة من نوادر المسائل وغرائبها
حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك كذا ذكره الزيلعي
ولو انكسر دن في طريق الفرات فللمالك ان يضمن الحمال قيمته
في مكان حمله ولا اجر له او مكان كسره وله الاجر بحسابه
اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد
غير داخل واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد
تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن متعديا وانما صار متعديا
عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن
قيمته بالابتداء ولا يجب الاجر اذ تبين انه كان متعديا من الابتداء
وان مال الى كونه ماذونا فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر
ضمنه قيمته عند الكسر واعطاه اجرة بحسابه هذا اذا كان الكسر
بصنعه بان زلق او عثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس
فانكسر لا يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله لان المتاع امانة عنده
وعندهما يضمن لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهما على
ما بينا قال الامام العتابي وانما وضع المسئلة في الفرات لان
الدنان كانت تباع هنالك كذا في النهاية

والاجير الخاص من يعمل لواحد قال صاحب الدرر الاجير الخاص من يعمل
لواحد عملاً موقتاً بالتخصيص وفوائد القيود عرفت مما سبق ويسمى اجير وحد
ايضاً ويستحق الاجير الخاص الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل
كمن استوجر للخدمة سنة او لرعي الغنم وسمي اجيراً خاصاً واجير وحد
لانه يختص به الوحد وهو المستاجر وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة
صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع حسي
كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل ثم اعلم ان الاجير للخدمة
او لرعي الغنم انما يكون اجيراً خاصاً اذا شرط عليه ان لا يخدم غيره ولا يرعى لغيره
او ذكر المدة اولا نحو ان يستاجر راعياً شهراً ليرعى له غنماً مسماة باجر معلوم
فانه اجير خاص باول الكلام لانه اوقع الكلام على المدة في اوله وقوله بعد ذلك
لترعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير اجيراً مشتركاً
لان الاجير المشترك هو الذي يقع عقده على العمل ويحتمل ان يكون لبيان نوع العمل
الذي يستحق على الاجير الخاص في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح في الاجير
الخاص ما لم يبين نوع العمل فيقول استاجرتك شهراً للخدمة او للرعي والحصاد
فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد ما لم ينص على خلافه
ولو شرط حكم الاجير المشترك فقال على ان ترعى غنم غيره مع غنمي او اخر المدة بان
استاجره ليرعى له غنماً مسماة باجر معلوم شهراً كان اجيراً مشتركاً لانه جعله
اجيراً مشتركاً باول الكلام بايقاع العقد على العمل في اوله وقوله شهراً في اخر
الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان يكون
لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يتغير اول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه
كذا في الزيلعي ولا يضمن الاجير الخاص ما تلف بيده او بعمله اما الاول
فلان العين امانة في يده لقبضها باذنه وهذا عند ابي ح ظاهر وكذا عندهما لان
تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل
الاعمال من خلق كثير طمعاً في كثرة الاجر وقد يعجز عن القيام بها فيمكث عنده
طويلاً فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتساهل في حفظها
واجير الوحد يعمل في بيت المستاجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فاخذنا فيه
بالقياس واما الثاني فلان المنافع صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره
بالصرف الى ملكه صح وصار نائباً منابه فصار فعله منقولاً اليه كانه فعل بنفسه
وصح ترديد الاجر بين نفعين مختلفين وايهما وجد لزم ما سمي له نحو ان خطته
فارسياً فبدرهم وان خطته رومياً فبدرهمين فاي عمل من هذين العملين
عمل استحق اجرته وكذا لو قال للصباغ ان صبغته بعصفر وهو بالضم
نبت يقال عصفت ثوبه صبغته كذا في القاموس فبدرهم او ان صبغته
بزعفران فبدرهمين وكذا لو قال للمستاجر ان سكنت في هذه الدكان
فبدرهم في الشهر او ان سكنت في هذه الدار فبدرهمين وكذا
لو اجر دابة وقال ان ركبتها الى الكوفة فبدرهم او ان ركبتها
الى الواسط فبدرهمين وكذا صح لو ردد بين ثلاثة اشياء لا
بين اربعة اشياء كما في البيع وفي الجامع دفع الحاجة لكن يجب
اشتراط خيار التعيين في البيع لا في الاجارة لان الاجرة انما تجب بالعمل
واذا وجد يصير المعقود عليه معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد
فيتحقق الجهالة بحيث لا يرتفع النزاع الا باثبات الخيار له هـ

ولو قال

ولو قال للخياط ان خطته اليوم فبدرهم او ان خطته غداً فبنصفه فخاطه اليوم فله
الدرهم وان خاطه غداً فله اجر المثل لكن لا يجاوز اجر المثل نصف درهم هذا عند ابي ح
وقالا الشرطان جائزان ففي ايهما خاطه استحق المسمى وعند زفر الشرطان فاسدان
لانه اجتمع فيهما تسميتان في اليوم والغد وهذا لانه اجتمع في كل واحد من اليومين
عقدان اما في اليوم فلان المضاف الى الغد ثابت في اليوم لان ذكر الغد للترفيه
لا للاضافة ولا للتعليق واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق الى الغد
لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فيكون المسمى في غد هو المسمى في اليوم ايضاً
والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد ايضاً وانما ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه
لا غير الا يرى انه لو قال خط لي هذا الثوب غداً بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم
وكذا لو قال خط لي هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غداً استحق الدرهم
فاذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الاجارة لان ذكر البدلين على
مقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله بعتك حالاً بالف ومؤجلاً بالفين
ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقة واستعماله
للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز فيؤدي
الى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية
والفارسية بخلاف مسالة الانفراد لانه لو حمل على التاقيت لفسد العقد لان تعيين
العمل مع تعيين الوقت لا يجتمعان فصرنا الى المجاز بل لانه حالهما اذ مقصودهما الصحة
دون الفساد ولابي ح ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام لحقيقته
حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر اليوم وهو
التعجيل لان مرادهما الصحة وهي منتفية في المجاز لان تعيين العمل مع التوقيت مفسد
فان تعيين العمل يوجب كونه اجيراً مشتركاً وتعيين الوقت لا يوجب كونه اجيراً مشتركاً
وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كيلا يفسد فحملناه على العجل
وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز وهو الترفيه يؤدي الى فساد العقد
من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب حمله على الاضافة
كما هو حقيقته ومقتضى الاجر في العرف ايضاً يدل على ذلك لانه لا يكون
للترفيه لا يكون اجرة انقص فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق
لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد فاذا خاطه اليوم وجب عليه درهم
فاذا جاء الغد فسد لوجود التسميتين فيه لان المعلق ينزل عند مجيء الغد والتسمية
الاولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية
والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في محل الاخر فكانا عقدين مختلفين
كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا فان خاطه في الغد
يجب عليه اجر المثل لا يزاد على نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف
درهم ولا يزاد على درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فيعتبر لمنع الزيادة
ويعتبر الثانية لمنع النقصان لو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم
عند ابي ح لانه لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فاولى ان لا يرضى
الى ما بعد الغد والصحيح على قولهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه
ولو قال ان سكنت بالتخفيف باب التفعيل هذا الحانوت عطاراً مفعول فبدرهم او
ان سكنت حداداً فبدرهمين جاز ويجوز ان يكون سكنت بالتخفيف من الثاني فعلى
يكون قوله عطاراً او حداداً حالاً فيكون المعنى ان سكنت هذا الحانوت حال كونك
عطاراً او حال كونك حداداً وهذا عند ابي ح لان سكناه فيه عطاراً او سكناه فيه عطاراً
غير سكناه فيه حداداً او سكنه فصار نظير عقدين مختلفين فصح اعتباراً بالرومية والفارسية

خلافا لهما لان المعقود عليه وهو السكنى شيء واحد وقد ذكر في مقابلته
بدلان فيفسد العقد بخلاف الرومية والفارسية لان كلا منهما عمل مخالف للآخر
وكذا الخلاف بينه وبين صاحبيه لو قال ان ذهبت بهذه الدابة الى
الحيرة فبدرهم وان جاوزتها اي الحيرة منتهيا الى القادسية فبدرهمين
او قال ان حملت عليها الى الحيرة كر شعير فبدرهم وان حملت عليها اليها
كر بر فبدرهمين جاز عند ابي ح رح خلافا لهما لانه خيره بين شيئين
متفاوتين وجعل لكل منهما اجرة معلومة فوجب ان يجوز كما في مسئلة خياطة
الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع وظاهره انه يستوفي المنافع
وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولهما ان الاجرة والمنفعة مجهولان
لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري اي العملين يفعله
واي التسميتين يجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية
لان الاجر لا يجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة ولا يسافر بعبد استاجره
للخدمة بلا اشتراطه اي بلا اشتراط السفر لان مطلق العقد يتناول الخدمة
في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق يتقيد
بمثل هذا من التعارف فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه اشق فصار
نظير ما لو استاجر للركوب وعين المراكب فليس له ان يركب غيره للتفاوت
وكذا لو استاجر دارا للسكنى فانه ليس له ان يسكن فيها حدادا لانه اضر
ومطلق العقد لا يتناوله بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر
كذا في الكافي يقول الفقير كون مسئلة استيجار الدار للسكنى وعدم
جواز اسكان الحداد فيها نظيرا لهذه المسئلة مسلم لكن في كون المسئلة التي
في المتن نظيرا لها اشكال بحيث يحتاج الى البيان تامل ومراد الفاضل كونها نظيرا
لها وهو ظاهر تدبر قال صاحب العناية واعترض بان المستاجر في ملك
منافعه كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا المستاجر اجيب بان المولى
انما يسافر بعبده لانه مالك لرقبته والمستاجر ليس كذلك وينتقض
بمن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبد سنة فان للمدعي ان
يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان موضع الرد في
باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في الملك كانت له
من حيث انه تبرع فالمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر ما لم يلتزمه
من مؤنة الرد وقد تبارز بالمؤنة على الاجر واما في الصلح فمؤنة الرد ليست
على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك انتهى وهنا
كما ترى انقطاع لان المعلل احتاج ان يضم الى العلة وهو قوله والمستاجر
غير مالك لرقبته قيدا وهو ان يقول ويلزم مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال
لا نسلم ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق
زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد
بزمان ومكان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجبه ولهذا
جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما ليخدمه في المصر ثم اراد المستاجر
السفر فهو عذر له في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد ولو منع من
السفر تضرر فكان عذرا تفسخ به الاجارة ولو استاجر عبدا محجورا فعمل العبد واخذ الاجر
لا يسترد المستاجر ما دفعه اليه منه اي من العبد المحجور والقياس ان يسترد لان عقد المحجور
لا يجوز فيبقى ما دفعه المستاجر على ملكه لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان
قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له ان يسترده

وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك
العبد والنافع ماذون فيه فيجوز ويخرج الاجر عن ملك المستاجر فليس له ان
يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى
الا يرى انه يجوز له قبول الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الاجارة
بعدما سلم من العمل محض نفعا في حق المولى لانها اذا جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر
ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز فاذا جازت
الاجارة صح قبض العبد الاجرة لانه العاقد وحق القبض الى العاقد ومن صح
قبضه لا يكون للمستاجر ان يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد حال الاستعمال
فانه يجب على المستاجر قيمته واذا ضمن صار مالكا له من وقت الاستعمال فتبين انه استوفى
منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه وسلم
من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة
وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض قال صاحب النهاية ثم قيل الاجر
الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل وان اعتقه المولى في نصف المدة نفذت
الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد وان اجره
المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى
وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد انتهى
ولو اجر العبد المغصوب نفسه لآخر فاكل غاصبه اجرته لا يضمن يعني رجل
غصب عبدا فاجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة لكونه نفعا
في حق المولى فان اخذ العبد الاجر من المستاجر فاخذ الغاصب من العبد الاجر
واكله لا يضمن عند ابي ح خلافا لهما لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولا تاويل له
لان الاجر للمولى لانه كسب العبد وكسبه للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب
متعديا بالاخذ والاتلاف فيضمن ولابي ح ان الضمان يجب باتلاف مال
محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده او بيد نائبه وهذا المال
ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس في يد نفسه
بل هو في يد الغاصب فما في يده يكون في يد الغاصب ايضا تبعا لنفسه فلا يتصور
ان يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه
ومال لم يكن في يد المولى حقيقة او حكما بالاستنابة لا يكون معصوما فصار
نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل
حكمه حكم المبدل ولو اتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها
ولان الغاصب لو آجر العبد بنفسه واخذ الاجرة فلا ضمان عليه فكذا اذا اجر
العبد نفسه لان العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه في ضمانه ومن وجه
كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته وما تردد بين اصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا
جانب المالك عند بقاء الاجر في يده وقلنا المالك احق به ورجحنا جانب الغاصب
في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا اكله لان الاصل وهو العبد في
ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان
عند ابي ح لان الاصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب
ضمانه بالاتلاف متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الاصل فيضمن عند التعدي
كالاصل وما وجد سببه في يد العبد من الاجر اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان
التقوم بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه غير متقوم حتى لا يضمن بالاتلاف
ويبقى ملك المالك فيه حتى ياخذه المالك وقبض العبد اجره صحيح يعني لو قبض العبد اجره
من المستاجر صح قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد الى المباشر وتصرفه نفع
محض على ما مر في عبد فيه مغصوب صحيح لكونه ما ذكرنا في التصرف النافع

قال صاحب العناية وفائدة تظهر في حق خروج المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل الاذى
ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد الغصوب نفسه فان اجر الغاصب كان الاجر له لا انه المالك ولا ضمان
عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد
ولو اجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة دراهم وشهرا بخمسة دراهم صح
على الترتيب المذكور والاول باربعة دراهم لانه المذكور اولا والمذكور اولا
ينصرف الى ما يلي العقد تحريا بالجواز لانه لما قال شهرا باربعة على سبيل التنكير كان
مجهولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز
كما لو قال استاجرتك هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف
الى ما يلي العقد نظرا للحاجة فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة تدعوه
الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد
والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة ولو استاجر عبدا شهرا
فابق او مرض فادعى وجوده اي وجود الاباق او المرض اول المدة وادعى
المولى وجوده قبل الاخبار بساعة حكم الحال اي يجعل الحال حكما
فيكون القول قول من يشهد له الحال بيمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد
وجوده في الحال على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة
فان كان العبد حاضرا وقت الدعوى وصحيحا صدق المولى ويحكم بانه
كذلك من اول المدة فيجب الاجر والا اي وان لم يكن العبد حاضرا وقت
الدعوى ولم يكن صحيحا وقت الدعوى ايضا فالمستاجر يصدق في المستقبل
ويحكم بانه كذلك من اول المدة وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى
وجريانه يعني اذا اختلفا في انقطاع ماء الرحى وجريانه بان قال المالك كان
جاريا في المدة وقال المستاجر لم يكن جاريا يحكم الحال ايضا فان كان جاريا وقت الدعوى
صدق المالك وان لم يكن جاريا صدق المستاجر ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر
فصبغته اصفر وقال الصانع امرتني بما صبغت صدق رب الثوب بيمينه لان الاذن
يستفاد من جهته فكان اعلم بكيفيته ولانه لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا
اذا انكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل فكان القول قوله لكنه يحلف وكذا
الاختلاف في القميص والقباء يعني لو قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال
الخياط لا بل امرتني قميصا فالقول لرب الثوب ايضا مع يمينه فان حلف رب الثوب
ضمن الصانع قيمة ثوبه غير معمول او لا اجر له او اخذ الثوب واعطاه اجر مثله
لا يجاوز به المسمى لانه امتثل امره في اصل ما امره به وهو الصبغ في المسئلة الاولى
والقطع والخياطة في المسئلة الثانية لكن خالف في الصفة فيختار ايهما شاء وروى هشام
عن محمد انه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول قول الصانع
لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليثبت لنفسه الخيار
وهو منكر فكان القول له وان قال رب الثوب عملته لي بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول
لرب الثوب عند ابي حنيفة لان المستاجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع
يدعيه فكان القول للمنكر وعند ابي يوسف القول للصانع ان كان حريفا
اي معاملا لرب الثوب بانه كان يدفع اليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه لانه تقدم منهما من المعاملة
والمقاطعة ما يدل على انه يعمله باجر فقام ذلك مقام الاشتراط وان لم يكن حريفا له كان القول لرب
الثوب وعند محمد القول للصانع ان كان معروفا بعمله بالاجر يعني ان كان الصانع معروفا بهذه
الصنعة بالاجر كان القول قوله لان فتح الدكان لاجل ذلك جرى مجرى التنصيص على اخذ
الظاهر المعتاد قال الفاضل الزيلعي وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر وما ذكراه من الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق الا ترى ان اليد يدفع بها المدعي بالبينة ثم اذا
بيعت بجنبها في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد انتهى

باب

باب فسخ الاجارة

تاخيرها الى ما هنا ظاهر لان الفسخ يعقب العقد لا محالة تفسخ الاجارة
بعيب يفوت النفع كخراب الدار وانقطاع ماء الارض والرحى فانه يكون
منها يفوت النفع فيثبت خيار الفسخ لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة
قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر قال العلامة
الزيلعي وفي قوله تفسخ اشارة الى ان الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء ثم قال ومن اصحابنا
من قال ان العقد ينفسخ لان المنافع قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع
قبل القبض وموت العبد المستاجر والاول اصح ووجهه ان المنافع فاتت على وجه
يتصور عودها فاشبه الاباق في العبد المبيع قبل القبض وقد روى هشام عن محمد
انه لو استاجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر واراد المستاجر ان يسكنه في بقية المدة
فليس له ان يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستاجر ان يمتنع منه وهذا صريح بانها
لا تنفسخ ولكنها تفسخ او يخل به عطف على قوله يفوت يعني انها تفسخ بعيب
لا يفوت النفع بالكلية بل اخل بالنفع بحيث يحتاج ان ينتفع به في الجملة كمرض
العبد ودبر الدابة وهو بفتح الدال المهملة وفتح الباء الموحدة جراحة تحدث
في ظهر الدابة من الحمل والركوب فان الاجارة تفسخ بمثل هذا العيب ايضا
فلو انتفع به اي بالمستاجر معيبا ورضي بالعيب او ازال المؤجر عيبه سقط
خياره لزوال سببه بالرضا بالعيب او ازالة المؤجر عيبه وتفسخ بالعذر
عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان
حتى يجوز العقد عليها فاشبهت البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي
المعقود عليها لانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منها
بمنزلة الابتداء فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ
اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر وعن هذا قال
وهو اي العذر العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر غير مستحق به
اي بعقد الاجارة كقلع سن سكن وجعه بعد ما استوجر له اي
لقلع السن وطبخ وليمة ماتت عروسها اي عروس الوليمة بفتح العين بعد الاستيجار
للطبخ لها اي لوليمتها او طبخ وليمة اختلعت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها
فان العقد لو بقي في قلع السن لزم قلع سن صحيح وهو ضرر لم يستحق بالعقد
وكذلك لو بقي العقد في الطبخ لزم اتلاف مال المستاجر في غير الوليمة وهو
ضرر لم يستحق بالعقد وكذا لو استاجر دكانا ليتجر فيه فذهب
ماله اي مال المستاجر او افلس او اجر شيئا فلزمه اي المؤجر دين لم يجد قضاءه
اي قضاء دينه الا من ثمنه ما اجره ولو كان الدين باقرار واطلاق ذكره
لبيان انه لا فرق فيه بين ان يكون الدين بمشاهدة وعيانا او باقامة البينة
المفيدة للبيان او باقرار العاقد عن افادة اليقين المضاد للظن
والحسبان اذ بالكل يتحقق ضرر على تقدير ان يبقى العقد لانه يحبس فيتضرر
او استاجر عبدا للخدمة في المصر مطلقا اي غير مقيد بالمصر فان الاستيجار
للخدمة مطلقا يتقيد بالخدمة في المصر فسافر المستاجر فانه يستحق الفسخ
فان قال مالك العبد لا تسافر وامض على الاجارة فللمستاجر الفسخ لوجود
العذر وان اراد المستاجر ان يخرج العبد من المصر الى السفر فللمالك الفسخ لوجود
العذر ايضا وان رضي المالك بسفر العبد فليس للمستاجر الفسخ لانتفاء العذر
او اكترى دابة للسفر ثم بدا له منه اي ظهر للمستاجر ندامة من السفر
يقال بدا له في هذا الامر بدا بالمد اي نشا له فيه راي غير الاول كذا في الصحاح

وحاصل المعنى لو استاجر دابة ليسافر عليها ثم ظهر له ان لا يسافر بعذر
من الاعذار كنحو ان قصده سفر الحج فذهب وقته او طلب غريم له فحضر
او التجارة فافتقر وغير ذلك يثبت له حق الفسخ لانه لو مضى على موجب العقد
لزمه ضرر لم يستحق بالعقد ولو بدا للمكاري فليس ذلك منه بعذر لو استاجر دابة
ليسافر عليها فظهر لصاحب الدابة ندامة من السفر فليس بعذر لان المكري يلزمه
بالسفر مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كما ذكرنا من فوت
وقت الحج وحضور غريمه وغير ذلك والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر لان مقصوده
الاجر معه انه يمكنه ان يقعد في بيته ويبعثها على يد تلميذه او اجيره ولو مرض
المكاري فهو عذر في رواية الكرخي لانه لا يعرى عن ضرر لانه قد لا يشفق
على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بسبب المرض بخلاف ما اذا لم يمرض دون رواية
الاصل لما ذكرنا انه يمكن ان يبعث على يد تلميذه او اجيره ولو استاجر خياط
يعمل صنعة خياط لنفسه لا لغيره عبدا معمول المستاجر يخيط له ان يكن خياط
فافلس الخياط فهو عذر ينفسخ به الاجارة لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله بخلاف خياط يخيط بالاجر فاستاجر
عبدا يخيط معه فافلس فانه ليس بعذر لان من يخيط للغير بالاجر فراس ماله
ابرة ومقراض فلا يتحقق العذر بالافلاس في حقه قيل وقد يتحقق بان يظهر
خيانة عند الناس بافلاسه فيمتنعون من تسليم الثياب اليه اي الحجم دون
كثرة ويصير بحيث ان الناس لا يامنون على امتعتهم كذا في النهاية والعناية
وبخلاف ترك الخياطة ليعمل في الصرف يعني لو استاجر خياط يعمل لنفسه
عبدا يخيط له فترك الخياطة وانتقل الى عمل الصرف مثلا فانه لا يكون عذرا
اذ يمكنه ان يقعد الغلام في ناحية من الدكان ويعمل هو في الصرف في ناحية اخرى
وبخلاف بيع ما اجره يعني لو اجر عبدا ثم باعه من غير دين لم يكن قضاء الاجرة
فانه لا يكون عذرا لانه لا ضرر عليه في ابقاء العبد وانما يفوت الاسترباح
وانه امر زائد قال صاحب النهاية ومن اجر عبدا ثم باعه فليس بيعه بعذر
في فسخ الاجارة لانه لا ضرر عليه في ابقاء العقد الا قدر ما التزمه عند
العقد وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستاجر الى انتهاء المدة فان باع
مع هذا هل ينفذ ففيه اختلف الفاظ الروايات فيه قال شمس الائمة السرخسي
في شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط
حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد
حتى قالوا لو استفتي مفتيه عن بيع المستاجر قبل مضي ايام الفسخ يكتب في جوابه
في حق المستاجر لو جاء ايام الفسخ ينفذ بيع الآخر ويفسخ الاجارة في
الصحيح من الجواب وللمستاجر حق الفسخ لا ستيفاء الاجرة وهذا اذا لم يكن
عنده شيء في المبيع وان كان على الموجر دين فحبس في دينه فباع فهذا عذر لان عليه
في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه باصل العقد وهو الحبس في الحبس الى وقت سقوط حق
المستاجر فيكون عذرا في الفسخ لدفع الضرر عن نفسه واليه اشار رسول الله
صلى الله عليه وسلم في قوله اذا استقبلك بلاء فاجعل مالك دون نفسك
فان قيل ينبغي ان لا يحبسه القاضي اذا علم ان حق المستاجر تعلق بماله بل يؤخر الى ان تنقضي الاجارة
قلنا القاضي لا يصدق في انه لا وفاء له الا من المستاجر فيحبسه ليظهر انه هل له
ولو استاجر دكانا ليعمل الخياطة فتركها ليعمل الخياطة ليعمل الى آخر فهو عذر ينفسخ به الاجارة
لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين بخلاف ما اذا استاجر الخياط عبدا ليخيط فترك الخياطة ليعمل الصرف
لان العالة شخصان فامكن ان يقعد العبد في ناحية منه ويعمل هو في الصرف في ناحية اخرى منه كذا في العناية

يقول

يقول الفقير وفيه بحث لانه يمكن ان يعمل العمل الآخر فيه مكان عمل الخياطة فلا يلزم
الجمع بين العملين تدبر في جوابه وكذا لو استاجر عقارا ثم اراد السفر
فهو عذر لان المضي على العقد مع السفر والزام الاجر بدون الانتفاع
وفي ذلك ضرر بخلاف ما اذا اجار عقارا ثم سافر لانه لا ضرر اذ للمستاجر يمكنه
استيفاء المنفعة بعد غيبة الموجر وتنفسخ بلا حاجة الى الفسخ بموت
احد العاقدين عقدها لنفسه يقول الفقير هكذا في النسخ التي عندنا
بناء على ان الجملة صفة احد العاقدين بناء على ان المعرف بلام العهد الذهني
وما اضيف اليه في حكم النكرة على طريقة قوله ولقد امر على اللئيم يسبني
وجعلها حالا بتقدير قد ابعد ولو قال ان عقدها بان الشرطية كما في
سائر الكتب لكان اسلم تدبر وقال الشافعي لا تبطل بموت احدهما
ولا بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان القائمة فكما لا يبطل العقد
في العين لا يبطل في المنافع ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب
حدوث المنافع فاذا مات الموجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث
على ملكه وقد مات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة
العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فقد مات بموته فلم يكن
هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستاجر فلو بقي العقد انما يبقى على
ان وارثه يخلفه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا الوصيات الموصى بالخدمة
لا ينتقل الى ورثته وكذا الوصيات المستعير يبطل العارية فكذا
الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث ان احدهما بعوض والآخر بغير عوض
وذلك لا تاثير له في حق الارث كالاعيان المملوكة بعوض او بغير عوض
اذ الوراثة خلافة ولا تتصور الا فيما يبقى في وقتين ليكون ملك المورث
ثابتا في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه
فيه بعينه والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث
بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد النكاح
يرتفع بالموت ولا يخلف فيه ورثته فان عقدها الاجارة لغيره فلا ينفسخ
بموت احد العاقدين كالوكيل والوصي ومتولي الوقف لبقاء
المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت وتنفسخ
بموت احد المستاجرين او الموجرين في حصته فقط وبقيت في حصة الحي
وقال زفر تبطل فيهما لان الشيوع مانع قلنا الشروط تراعى وجودها
في الابتداء لا الابقاء كالشهادة في النكاح فان بقاء الشاهد
ليس بشرط في بقاء النكاح وان كان وجودهما شرطا لحدوثه

مسائل منثورة

معنى المسائل المنثورة قد تقدم

ولو احرق حصائد ارض مستاجرة او مستعارة الحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض
فاحترق شيء في ارض غيره لا يضمن لان هذا تسبب لا مباشرة فلا يكون متعديا
فصار كما لو حفر بئرا في ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما
في ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لان المباشرة
علة فلا يبطل حكمها بعذر والتسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي ليلتحق
بالعلة واحراق الحصائد في ملك مستاجر فلا يضاف التلف اليه وفي جمع الناطفي
اخرج الحداد الحديدة من الكير ووضعها على العلاة وضربها
بمطرقة فخرج شررها الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن

ولو لم يضرب لكن اخرج الريح شررها فاحرق شيئا لم يضمن ولو وضع جمرة في الطريق
فاحرقت شيئا يضمن ولو رفعته الريح فاحرقت لا يضمن كذا ذكره الامام فخر الدين
قاضيخان ان كانت الريح هادئة بالدال المهملة والنون من هدن اي سكن
وفي بعض نسخ الهداية هادئة من هدأ بالهمزة اي سكن كذا في النهاية
وان كانت الريح مضطربة ضمن قال صاحب البناية وهذا القول الذي
ذكره من تفصيل الهادئة والمضطربة اختيار شمس الائمة السرخسي
ولو اقعد خياطا او صباغا في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح وصورة
المسئلة اذا كان للعطار او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور بين الناس
وله وجاهة عند الناس ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل
من الناس ويعمل ذلك الرجل الحاذق على ان ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين صح
وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنافع لا تقع
رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف
وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة
وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل
وذلك مجهول ايضا كذا في العناية والنهاية يقول الفقير في الدليل الاول تأمل تدبر
ثم قالا والطحاوي رحمه الله في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي اولى [في الهامش: ارصاحب العناية وصاحب النهاية فتفهم]
من الاستحسان ووجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع
وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى
القبول من الناس لوجاهته والاخر يتولى العمل لحذاقته واذا وجد ذلك سبيلا
الى الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم
ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن قيل شركة التقبل هي ان يشتركا
على ان يتقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجرة اجيب
بان الشركة في الخارج تقتضي اثبات الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء
اذ ليس كل منهما الا تخصيص احدهما بالتقبل والاخر بالعمل ذكرا وتخصيص الشيء
بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكانهما
اشتركا في التقبل صريحا ولو صرحا بشركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الاخر جاز
فكذا ههنا كذا في العناية وكذا لو استأجر جملا يحمل عليه محملا
وراكبين الى مكة وله المحمل المعتاد والقياس ان لا يجوز وهو قول
الشافعي لان المحمل مجهول فيفضي الى المنازعة ووجه الاستحسان ان المقصود هو
الراكب وهو معلوم والمحمل تابع له وما فيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد
وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب الى العلم بتحقق الرضا
وان استأجره اي الجمل لحمل زاد فاكل المستأجر منه اي من الزاد في الطريق
فله اي المستأجر رد عوضه وقال بعض اصحاب الشافعي ليس له ان يرد عوض الاكل
لان عرف المسافرين انهم يأكلون الزاد ولا يردون بدله والمطلق يحمل على المعتاد
بخلاف الماء حيث يكون له الرد اذا نفد ما عنده لان العرف جرى بينهم برده
عند نفاده ولنا انه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله ان يستوفيه
وصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون ولا يلزمنا
عرف البعض او يحمل فعل من لا يرد على انهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يرده بعضهم
وهم المحتاجون اليه ولو اخذ الغاصب دارا وزرعها او اجرها كل شهر بكذا
فلم يفرغ الغاصب الدار فعليه اي على الغاصب المسمى كل شهر لانه اذا طلب الاجرة
والغاصب رضي بها ظاهرا انعقد بينهما عقد اجارة

فان

فان جحد الغاصب ملكه اي كون الدار ملك من يدعيها او لم يجحد لكن
قال لا اريدها بالاجر فلا عليه المسمى وان برهن المدعي على ملكه بعد جحده
اي بعد جحد الغاصب اما في صورة جحده واقامة المدعي بينة على ملكه
فلانه لما جحد ملكه لم يكن ملتزما بالاجارة واقامة البينة بعد ذلك
لا يجديه واما في صورة عدم جحده فلانه لما قال لا اريدها بالاجر وصرح
بعدم رضائه بالاجرة لا يكون ملتزما بها ولم يوجد ما يفيد رضاه بها
ظاهرا ومن اجر ما استأجره باكثر من الاجر الاول يتصدق بالفضل
يعني من استأجر ثوبا سنة بعشرة فاخذه المستأجر بعد يوم ثم اجره من آخر
سنة الا يوما بعشرين يتصدق بالفضل وهو العشرة عندنا لانه ربح ما لم يضمن
وعند الشافعي يطيب له العشرة لان المنفعة مقبوضة حكما فصار ربح ما
قبض هذا اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى اذ لو لم تكن من
جنسها طاب الفضل اتفاقا كذا ذكره ابن ملك نقلا عن الطحاوي
وتصح الاجارة مضافة الى الزمان المستقبل لان الاجارة تقتضي تمليك المنافع
والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة ولهذا قلنا
تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها على ما بيناه في اول
الكتاب وكذا يصح فسخها مضافا الى الزمان المستقبل لان فسخها معتبر بها
فيجوز اضافته الا ترى ان البيع لما لم يجز اضافته لا يجوز فسخه ايضا وكذا
كذا المزارعة والمعاملة وهي المساقاة لان من يجوزهما انما يجيزهما على
اجارة فيجوز اضافتهما وكذا المضاربة والوكالة لانهما من باب الاطلاقات
والاسقاطات فان تصرف المضارب والوكيل قبل العقد والتوكيل في مال المالك
والموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالعقد والتوكيل اسقطه فيكون اسقاطا
فيقبل التعليق كذا في الدرر قال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الدرر لا يخفى
ان هذا الدليل يجري في سائر العقود ايضا من البيوع والاجارات وان تصرف
المشتري قبل عقد البيع كان موقوفا وبالبيع حصل الاسقاط يقول الفقير سلمنا
ان هذا كذلك في البيع وامثاله ما يمنع صحة اضافته الى المستقبل كما لا يخفى
على من تأمل في دلائل عدم جواز اضافة البيع وامثاله الى المستقبل تدبر
وكذا الكفالة لانها من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها
بالشرط الملائم كما تقرر في موضعه بخلاف الوكالة فانها يجوز تعليقها بالشرط مطلقا
وكذا الايصاء اي جعل الشخص وصيا والوصية لان الايصاء وهو اقامة الشخص
مقام نفسه في التصرف بعد الموت والوصية وهي تمليك المال بعد الموت لا يكونان الا
مضافين اذ هما لا يتصوران في الحال وكذا القضاء والامارة لانهما تولية
وتفويض محض فيجوز اضافتهما وتعليقهما بالشرط الا يرى انه صلى الله
عليه وسلم امر زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ثم قال ان قتل زيد
فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وان قتل عبد الله فخالد بن
الوليد رضي الله عنهم رواه البخاري وكذا الطلاق والعتق
فانهما من باب الاسقاطات وهو ظاهر وكذا الوقف
فان اضافته الى ما بعد الموت جائز لا البيع واجازته وفسخه
والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح
عن مال وابراء الدين فان هذه الاشياء تمليكات
فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها
بالشرط لما فيها من معنى القمار

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق وقال صاحب العناية يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وذكر بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العتاق انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق وليس كذلك اذ العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها الرقبة لشخص ومنفعة لغيره وهو انسب بالاجارة لان نسبة الذاتيات اولى من العرضيات انتهى يقول الفقير وصاحب الدرر اورده عقب العتاق كالحاكم الشهيد وقال لان الكتابة من توابع العتق كالتدبير والاستيلاد ولا يخفى انه لا يخلو عن مناسبة الظاهرة وكل حزب بما لديهم فرحون ثم قال صاحب النهاية وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط وجريانها في غير المولى وعبده فلما قدم البيوع وما يتبعها قدم ايضا ما يشبهها انتهى ثم الكتابة في اللغة اسم لمصدر وهو جمع الحروف وضم بعضها الى بعض ومنه الكتيبة لطائفة من الجيش وفي الشريعة الكتابة تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل اي بعد اداء المال فان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة وكونه حر رقبة بعد اداء المال وانما سمي ذلك بالكتابة لان العقد الذي جرى بين المولى وعبده لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة وسائر العقود وان كان كذلك الا ان وجه التسمية لا اطراد فيه ولا عكس كالقارورة فانه غير منقوض بالدن مع انه اكمل في هذا المعنى كذا في كتاب الحدود والاحكام للمولى الشهير بمصنفك يقول الفقير يريد ان القارورة ما قر فيه الشراب ونحوه من الزجاج سمي بالقارورة لقرار الشراب ونحوه فيها لا يقال ان الدن اكمل من القارورة في قرار الشيء فيها فلم لم يسم الدن بالقارورة لقرار الشيء فيه لانا نقول لا يلزم في وجه التسمية الاطراد يعني لا يلزم من تسمية القارورة بالقارورة لوجود معنى القرار فيها ان كل ما يوجد فيه القرار يسمى بالقارورة تدبر وللكتابة ركن وشرط فركنها الايجاب والقبول كما يقول المولى كاتبتك على الف ويقول العبد قبلت لانها معاوضة فلابد من الايجاب والقبول وشرطها كون البدل معلوما مالا كان او عملا وقيام الرق في المحل فمن كاتب مملوكه ولو كان صغيرا يعقل البيع والشراء اذا عقل كان من اهل القبول وهذا الشرط نافع في حقه فيجوز بمال حال او مؤجل او منجم مثلا او بنجم اي موزع حصصا يؤديها دفعات كان يقول كاتبتك بالف على ان تؤدي كل شهر كذا او كل عشر كذا والنجم في الاصل الكوكب ثم نقل الى الوقت المضروب المعين للاداء فقيل نجوم الكتابة للاوقات المعينة لاداء حصصها ثم استعمل في تلك الحصص المؤداة في تلك الاوقات ثم اشتق منه الفعل فقيل نجم الكتابة او الدية اي وزع حصصها واداها دفعات كذا في الاصلاح والايضاح نقلا عن حاشية الكشاف قال صاحب المغرب النجم الطالع ثم سمي به الوقت ومنه قول الشافعي اقل التاجيل نجمان اي شهران ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه انه حط من مكاتب له اول نجم حل عليه اي اول وظيفة من وظائف بدل الكتابة

ثم

ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية اي اداها نجوما ومنه قولهم التنجيم ليس بشرط ودين منجم جعل نجوما انتهى والفرق بين المنجم والمؤجل ظاهر وهو انه يكتفي في المؤجل باداء المال في اخر المدة معلومة كانت او لا حتى لو كاتبه على الف الى القطاف او الى الحصاد او الى الدياس صح كما صرح به صاحب العناية في شرح قول صاحب الهداية واذا كاتبه على حيوان غير موصوف الخ واما النجم فاعتبر فيه معلومية المدة وما يؤدى فيها فقبل العبد ذلك صح عقد الكتابة قال صاحب العناية اما جوازها فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا اي امانة ورشدا وقدرة على الاكتساب ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره وقال صاحب الهداية وهذا ليس امر ايجاب باجماع الفقهاء اشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب ثم قال وانما هو امر ندب هو الصحيح احترازا عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط بخلاف الحمل على الندب وهذا لان في الحمل على الاباحة يكون الشرط لغوا لانها ثابتة بدونه بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال له لان الندب معلق به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان فعل صح فيجب حمله على الندب اعمالا للشرط واما اشتراط القبول من العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهذا لان في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بنفس العقد لان الصحيفة عبارة عن ذلك المكتوب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه هو عبد ما بقي عليه درهم وبه اخذ جمهور الفقهاء والدليل عليه ما ذكرنا من الحديث وكذا لو قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اولها كذا اي اول النجوم كذا واخرها كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فقن فقبل يعني يكون مكاتبا بهذا القول كما يكون مكاتبا بالاول وهذا استحسان والقياس ان لا يكون بهذا القول لان له ان يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك اذا اديته فانت حر تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعاني دون الالفاظ حتى كانت المضاربة بشرط ان يكون الربح كله للمضارب قرضا وبشرط ان يكون لرب المال بضاعة وقد اتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فينعقد به كما اذا اطلق الكتابة بل اولى لان المفسر اقوى وقوله اذا اديته فانت حر لابد منه لان ما قبله محتمل يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يترجح جهة الكتابة وقوله وان عجزت فقن اي وان لم تؤده فانت رقيق فضل من الكلام غير محتاج اليه كما لا يحتاج اليه في الكتابة يقول الفقير ما قبله وهو اذا اديته فانت حر يحتمل ان يكون تعليق العتق باداء المال وقوله وان عجزت فقن يكون صريحا في الكتابة بحيث لا يحتمل ان يكون تعليق العتق باداء المال اصلا لانه اذا عجز العبد المعلق عتقه باداء المال لا يعود قنا بل لا يكون حرا مدلينا على ما سبق في بابه تدبر

ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق لا كتابة في رواية
ابي حفص اعتبارا بالتعليق فيه واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل
تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما يختص
الكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الاصح وقيل مكاتبة وهو رواية ابي سليمان
لان التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد شيء الا بالكتابة فيعلم
بذلك ان مقصود المولى الكتابة ولان التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون
الا بعد الوجوب وذلك بالكتابة واذا صحت الكتابة خرج العبد من يد المولى
لان موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه
من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط
لان المقصود من الكتابة ان يتمكن من اداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك
الا بالخروج فيطلق له الخروج دون ملكه يعني لا يخرج من ملك المولى لما
روينا ولانها عقد معاوضة فيقتضي المساواة بين المتعاقدين واصل البدل
وجب للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته
في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا يصح الكفالة
فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض
تم المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق لضرورة تمام الملكية
فيتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء ولو اعتقه المولى عتق بعتقه
لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لا يلتزمه مجانا وانما التزمه
مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه فان اتلف المولى مال المكاتب
ضمنه المولى لانه بعقد الكتابة خرج من يد المولى فصار كالاجنبي في حق ماله
وكذا ان وطئ المولى جارية المكاتبة اي يغرم العقر او جنى المولى عليها
اي على المكاتبة او جنى على ولدها اي يغرم ارش الجناية لانها بعقد الكتابة خرجت
من يده وصارت كالاجنبي فصارت احق بنفسها وولدها وان كاتبه
على قيمته بان قال كاتبتك على قيمتك فسدت الكتابة لانها مجهولة القدر اذ هي
تختلف باختلاف المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن
وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما ففسدت لتفاحش الجهالة كما اذا كاتبه
على ثوب او دابة لان الثوب والدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس
لا يثبت في الذمة اصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة
القيمة والتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا
لا يقال لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط او قيمته حتى لو اتى
بقيمته يجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك
لانا نقول القيمة في مسئلتنا لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة
فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد يجب قيمته حكما لا قصدا
وكم من شيء يثبت حكما للغير وان كان لا يثبت قصدا الا ترى ان الاضحية
بالحمل لا تجوز وتجوز تبعا للام وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا للام
فان اداها اي القيمة عتق العبد لانها البدل لامكان اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة
ولم يذكر ان القيمة بماذا تعرف قيل تعرف باحد امرين اما بان يتصادقا على انها
قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما
كضمان الغصب في البيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق
الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمته وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد
اقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين

فان قيل

فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب ان تفسد البطلان ولا يعتق باداء القيمة
اجيب بان اثر الجهالة في الفساد اذ في البطلان كما في البيع فان الجهالة — له
تفسده ولا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان
يعتق باداء ثوب كما عتق باداء القيمة اجيب بانه عوض والعوض يقتضي ان يكون
مرادا والمطلق منه ليس بموجود فلا يكون مرادا فتعين ان يكون المتعين مرادا ولا — طبع
على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادة بخلاف القيمة فانها وان
كانت مجهولة يمكن استدراك ارادته بتقويم المقومين فان قلت فان ادى
القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب يعتق اولا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل
عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فانه لا يعتق العبد باداء
القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة كذا في العناية وكذا
تفسد الكتابة لو كاتبه على عين لغيره بان قال كاتبتك على هذا العبد وهو مملوك لغيره
بتعيين صفة عين بالتعيين احتراز عما اذا كاتبه على دراهم الغير او دنانيره فان الكتابة — بح
عليها جائزة لعدم تعينها في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب
مثلها في الذمة قال صاحب العناية اذا كاتبت عبده على شيء هو لغيره فالمال يتعين
بالتعيين كالفرس والعبد اولا كالنقود فان تعين فاما ان يجيزه الغير اولا
فان لم يجزه فاما ان يملكه المكاتب بسبب من الاسباب او اداه الى المولى اولا
فذلك اربعة اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف
من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتتعلق بدراهم في ذمته
وان تعين ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
انها تجوز حتى اذا ملكه وسلم عتق وان عجز يرد رقيقا لان المسمى مال والقدرة
على التسليم موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة
حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو قدر عليه وجب — بر
وجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة
اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع وان اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد
انها تجوز لان البيع عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال
جاز فالكتابة اولى لان مبناها على المسامحة وقيل انها لا تنفذ بالشرط الفا — سد
بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فيصير العين كسابه
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة وعلى ابي يوسف
يجوز اجاز الغير ذلك او لم يجز غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز
وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان
لم يجزه لكن ملك المكاتب العين بسبب واداه وروى ابو يوسف عن ابي ح
انه لا يعتق فعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد وهو ظاهر الرواية الا
ان يقول المولى قلت له اذا اديت الي تلك العين فانت حر فحينئذ يعتق بحكم
التعليق وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد
مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط انتهى وذكر
في اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر كالرواية الاولى كذا في الزيلعي
او على مائة دينار على ان يرد السيد عليه اي على العبد عبدا غير معين اذا كاتبه
على مائة على ان يرد عليه سيده عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي ح ومحمد — رحمهما الله
وعند ابي يوسف تجوز وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط
فيسقط قسط العبد حصته والباقي من المائة بحصته بدل الكتابة
لان العبد المطلق يصير بدل الكتابة وينصرف الى الوسط وهنا بالاتفاق

وكل ما يصلح بدلاً يصلح مستثنى من البدل وهو لا يصلح ابدال العقود
وقال الموجب يعني ان هذا الاصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء
العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلاً
لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف وانما قيد العبد بكونه
غير معين لانه لو شرط ان يرد عبداً معيناً صح اتفاقاً وان كاتب المسلم
عبده على خمر او خنزير فسد لانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضاً فيفسد
العقد وهذا لان تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل
لصحته توجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر
او الخنزير لانه لا يحتاج لصحته الى التسمية حتى يجوز النكاح بلا تسمية المهر
ومع نفيه وكذا اذا سمى ما لا يصلح مهراً لان وجوده كعدمه
فان اداه اي ان ادى المكاتب الخمر او الخنزير عتق العبد سواء قال له ان اديت
الي فانت حر او لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة لان العقد ينعقد
وان كان فاسداً فيعتق بالاداء ولزم ان العبد قيمة نفسه لانه وجب عليه رد رقبته
كما في البيع الفاسد اذا اعتق المشتري المبيع او تلف في يده
وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة
هو القيمة فيعتق باداءه ولا يعتق باداء ما ليس ببدل هكذا ذكر في الكافي
وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكر في الهداية وقال
الزيلعي في بعض نسخ الهداية وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وهو غلط
من الكاتب وقال صاحب العناية وهذه النسخة مخالفة لعامة روايات
الكتب ثم قال الزيلعي والفرق بينها وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير
كل منهما مال في الجملة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد
موجباً للانعقاد العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة والدم
فليسا بمال اصلاً عند احد فلم ينعقد العقد بهما وعن هذا قال
والكتابة على ميتة او دم باطلة فلا يلزم على المكاتب شيء فلو يعتق باداء المسمى
لعدم انعقاد الكتابة ببطلانها ولو علقت العتق باداءها عتق بالاداء
لوجود الشرط ولا شيء عليه لعدم المالية اصلاً كذا في الاختيار
ويجب القيمة اي قيمة العبد في الكتابة الفاسدة هذه مسئلة مطلقة مبتدأة
غير مخصوصة بالمسائل التي قبلها وان كان لها نوع تعلق بها قال صدر الشريعة
ووضع المسئلة في المبسوط فيما اذا كاتب عبده بالف على ان يخدمه ابداً
فالكتابة فاسدة فيجب القيمة ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه
اي على المسمى يعني ان كانت قيمته ناقصة عن الالف مثلاً لا تنقص عن الالف
وان كانت زائدة عليه زيدت عليه لانه عقد فاسد فيجب فيه القيمة
بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير ان المولى لم يرض ان يعتقه باقل
مما سماه فلا تنقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد رضي بالزيادة
حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه اذا زادت قيمته على المسمى
وصحت الكتابة على حيوان ذكر جنسه فقط كالعبد والفرس
لا وصفه كالجيد والرديء ولا نوعه كالتركي والهندي يقول الفقير ولم يذكر
المصنف ولابد منه كما في سائر الكتب لعله عنى من الوصف لكنه بعيد
ولزم الوسط او قيمته لان كل واحد منهما اصل من وجه اما الوسط فظاهر
واما قيمته فلان الوسط يعرف بالقيمة فصارت اصلاً فدفع القيمة قضاء في ذوات الامثال
على ما عرف في الاصول ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول الوسط

وقال الشافعي

وقال الشافعي لا يجوز هذا العقد لان المسمى فيه مجهول كما لو لم يسم جنسه
بان كاتبه على دابة وهي كالبيع والجامع كونهما معاوضة لا يصحان الا بتسمية البدل
والبيع مع البدل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان الكتابة مبناها على المسامحة
والمساهلة فالجهالة اليسيرة متحملة فيها حتى لو كاتبتك الى الحصاد
او الدياس او القطاف صحت على ما تقدم وقد ثبت ان ابن عمر رضي الله عنهما
اجاز الكتابة على الوصفاء وهي جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقياسه على البيع
فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائها او من حيث
انتهائها والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال
بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت
في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه لكون السيد
لا يملك مالية نفسه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي ان مبنى كل منهما على المسامحة
وهو مختار كما في الحاقها بالنكاح وصح كتابة كافر عبده الكافر
بخمر لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا فيصح تسميته اذا كان المسمى معلوماً
وعن هذا وصف قوله بخمر بقوله مقدار بعلم المسمى يقول الفقير ولو قال
كما وقع في نسخ الشريعة والدرر لكان اوفق بتأنيث الخمر لعل غايته اعتذار
ما قال صاحب القاموس انه قد يذكر واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده
المسلم فان العقد لا يصح فيقع فاسداً ويجب القيمة على ما بينا فيما اذا كان المولى
مسلماً واي من السيد وعبده اسلم فللسيد قيمتها اي قيمة الخمر لان المسلم
ممنوع من تمليك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذ المولى
لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والمقبوض بعد غير معين
فيكون غيرها ورد عليه العقد فيكون تمليكاً من العبد وتملكاً من المولى في الحال
عوضاً عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم واذا كان ممنوعاً من التسليم فقد عجز
عن تسليم البدل فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى
ويكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم اسلم احدهما
قبل القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلاً في الجملة
ففي الكتابة يصح ان يكون القيمة بدلاً في الجملة الا يرى انه اذا كاتبه
على وصيف ونحوه يجوز الكتابة ويجب القيمة فكأنه كاتبه على القيمة ولهذا يجبر المولى
على قبول القيمة واذا جاز ان ينعقد على القيمة فاولى ان يبقى العقد بخلاف
البيع لانه لا ينعقد على القيمة صحيحاً اصلاً وكذا الابقاء عليها وعتق باداءها
اي عين الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما توجب سلامة
العوض الاخر للاخر واذا ادى الخمر عتق ايضاً لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر
اذ هي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فانه يعتق
باداء الخمر او قيمته نفسه قال صاحب الكافي هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي
ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الاطرابلسي النيسابوري في شرح الجامع
الصغير وفي شرح الطحاوي والتتمة ناشئ لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة
يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلاً فهذا العقد لانه
انعقد صحيحاً على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام على قيمتها صحيحاً على حاله
ولا يتصور بقاؤه صحيحاً على الخمر بعد الاسلام فخرجت الخمر من ان يكون
بدلاً فيه ضرورة وباداء غير البدل لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده او كاتب
الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق باداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسداً فيعتق باداء
البدل المشروط فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لانها ليست مالك

باب تصرف المكاتب

لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز
للمكاتب ان يفعل وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح
له اى للمكاتب ان يبيع ويشتري ويسافر لان مقصود السيد من العقد الوصول
الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع
والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فيحتاج الى ان يخرج الى السفر
وان شرط عليه عدم السفر لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاها
مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه واكسابه
وان لا يتحكم عليه احد وتحصيل المال بالتجارة وحرفة وذلك بان يتصرف كيف ما
شاء وينفرد به لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات والاماكن خصوصا في السفر
فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من
فضل الله فكل شرط يمنع من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو
دون العقد لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان داخلا في صلب العقد
لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل اداء البدل وتشبه النكاح
من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال في حق المولى
ومبادلة مال بغير مال في حق العبد اذ لا يملك نفسه فيوفر عليهما حظهما فلشبهها بالبيع
يبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يكون في البدل مثل ان يشترط
خدمة مدة او يكاتبه على خمر او خنزير ولشبهها بالنكاح لا يبطل به اذا لم يتمكن
في صلب العقد كاشتراط ان لا يخرج من البلد او لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك
ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق وهذا الغرض يخص جانب العبد فاعتبر
اعتاقا في هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط كما اذا اعتق عبدا على انه
سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار
يفعلون ذلك اظهارا للسماحة واستجلابا لقلوب الناس ليكثر معاملوه فيكثر ربحه
وتصرفاته فيصل الى مقصوده في ادنى مدة وقد يحابي في صفقة ليربح في صفقة اخرى
وله ان يزوج امته لانه من باب الاكتساب لانه يملك المهر ويسقط نفقتها
عن نفسه وقد اطلق له باب الاكتساب لانه فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة
نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيها اكتساب لان ملك المولى باق فيها فيمنعها
وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها
ايضا بتزويج نفسها المال وانما التحصين والاعفاف بخلاف تزويج امتها
فان المقصود منه كسب المال فيجوز لها بخلاف العبد المأذون وله التجارة والمضارب
والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه
وكذا للمكاتب ان يكاتب عبده وقال زفر والشافعي ليس له ان يكاتب عبده لانه
يؤول الى العتق وهو ليس له ان يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز
للوكيل ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب ولنا ان الكتابة عقد اكتساب للمال
فيملكها كما يملك البيع وربما يكون الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه
والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل اليه وهو لم يملكها على ان العقد يتضمن مثله
وانما يملكها على ان الكتابة بيع من نفس العبد وقد بينا انه قد يكون انفع من البيع لغيره
فاذا جاز البيع فاولى ان يجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانها لو
جازت لجازت على ان العقد يتضمن مثله اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق
على مال لانه يوجب له الحرية مقصودة بالمال وهو لا يقدر على ذلك وان العقد
لا يتضمن ما هو فوقه والاعتاق على مال فوق الكتابة فاولى ان لا يملكه هـ

فان

فان ادى مكاتب المكاتب بدل الكتابة بعد عتق المكاتب الاول فولاؤه له اى ولاء
مكاتب المكاتب له اى للمكاتب الاول لان الولاء لمن اعتق ومعتقه المكاتب الاول
وهو اهل الولاء عند عتق المكاتب الثاني لانه كان ملكه تاما فيه عند ذلك فيثبت له الولاء
لضرورة وان ادى مكاتب المكاتب بدل الكتابة قبله اى قبل عتق المكاتب الاول
فللسيد الولاء اى لسيد المكاتب الاول لتعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم اهلية
للاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد المأذون
له شيئا فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه اقرب الناس اليه ولو ادى
الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق
الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة
بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب
الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر هنا عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زالت
الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب وليس له اى للمكاتب ان يتزوج بلا اذن مولاه
لان فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقد
توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب مال وفي حق ما ليس فيه
فهو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج امته لان فيه
اكتساب مال ولكن يملك التزويج باذن المولى لان الحجر لاجل المالك وملكه
باق فيه فجاز باتفاقهما الا غير لخروجه عن ملك المولى يدا ولثبوت ملكه في الرقبة هـ
ولا ان يهب لانها تبرع وهو غير مالك حتى يتبرع ولو بعوض لان الهبة بعوض تبرع
ابتداء وان لم يكن انتهاء ولا يتصدق لانه تبرع ايضا الا بيسير يتعلق بها لان اليسير
فيكون من ضرورات التجارة فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه هـ
ولا يتكفل ولا يقرض لانهما تبرع محض وليسا من ضرورات التجارات ولا من باب الاكتساب
فلا يملكهما ولا فرق في الكفالة بين ان يكون بالمال او بالنفس وبين ان يكون بالامر
او بغير الامر لان الكل تبرع ولا يعتق ولو بمال لانه ليس باهل للاعتاق لان الاعتاق
لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك رقبته فلا ينفذ اعتاقه ولو على مال لان الاعتاق على مال
فيه اسقاط الملك عن العبد بعوض بالذي في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب
ولا يزوج عبده لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة
وليس هو من باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الامة على ما بيناه ولا يبيعه
من نفسه لان بيع العبد من نفسه اعتاق فلا يملكه والاب والوصي في رقيق الصغير
كالمكاتب لان الاب والوصي يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب
من تزويج الامة وكتابة العبد ولا يملكان الاعتاق على مال ولا بيع العبد من نفسه
ولا يملك العبد المأذون شيئا من ذلك عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف رح ان للمأذون
تزويج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك شركة عنان ومفاوضة
لان فيه منفعة على ما بيناه ولهما انهم لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها
وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لانها مال مقابل
بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال ثم الاصل فيه ان من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها
يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصي والجد والمكاتب والقاضي وامينه وكل من كان تصرفه
خاصا في التجارة كالمضارب والشريك والمأذون له لا يملك تزويج الامة ولا الكتابة
قال الزيلعي وجعل صاحب النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله صاحب الكافي
كالمأذون له في التجارة ولكل وجه وجعله كالمأذون اشبه بالفقه انتهى قال صاحب
العناية ذكر في بعض الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب عبد الشركة بلا خلاف
واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق انتهى

لان اليسير من ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافة وهدايا يجتمع عليه المجاهزون صح

قال صاحب المغرب المجاهز عند العامة الغني من التجار وكانه اريد به المجهز الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع فحرف المجاهز صح

ولو اشترى المكاتب قريبه ولادا دخل في كتابته لان المكاتب من اهل ان يكاتب
وان لم يكن اهلا للاعتاق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان
وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبته والاعتاق يختص بمن يملك الرقبة لقوله
صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فاذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا
للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان
اهلا للاعتاق بان كان بالغا عاقلا او لم يكن اهلا له بان كان صغيرا او مجنونا
لان هذه الصلة وهي العتق تجب حقا للعبد فلا يختلف بين ان يكون مكلفا
او لم يكن ثم انه لا يختص هذا الحكم بالاب والابن بل جميع من ذوي قرابة الولاد يدخلون
في كتابته تبعا له واقواهم دخولا فيها الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى
ثم الوالدان فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم ابيه حتى اذا مات ابوه
ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة حالا
والا رد في الرق والوالدان يردان في الرق كما مات المكاتب ولا يباعان لا حالا
ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك
والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك
والبعضية بينهما حكما في حق العتق لا حقيقة في حقه لانه لا بعضية بينهما حقيقة
بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية فانهما ليسا
بعضا له فاختلفت الاحكام لذلك كذا في العناية وانما قال دخل في كتابته
ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا ولبقيت كتابته بعد عجز
المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب تبع هو اياه لما ان كتابة
الداخل بطريق التبعية لا بالاصالة كذا في العناية ولو اشترى ذا رحم
محرم غير الولاد كالاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة لا يدخل في الكتابة
عند ابي حنيفة خلافا لهما لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا
يعتق على الحر كل ذي رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبهم
ولا قطع بين اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم فكذا ههنا
ولابي حنيفة ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق
ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه وتجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد
كنزا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد الا ترى ان القادر على الكسب
يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكون غيرهما حتى لا يخاطب الاخ للاخ
نفقة اخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة
فيختص بالوجوب محلا ولان هذه قرابة تشبه قرابة بني الاعمام في بعض الاحكام
كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة
وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين ثنتين
منهن في النكاح فالحقناها بالولاد في العتق وببني الاعمام في الكتابة
توفيرا على الشبهين حظهما وانما حمل على هذا الوجه اولى من العمل على عكسه
لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة فان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه ليس للآخر
ان يبطله ولو كاتبه كان له ان يبطله وان اشترى المكاتب ام ولده امرأة المنكوحة
المملوكة للغير مع ولده منها دخل الولد في الكتابة لما انه من اهل ان يكاتب
فيجعل الولد مكاتبا معه تحقيقا للصلة ولا تتبع الام لانه لما دخل في كتابته
امتنع بيعه فتتبعه امه في امتناع البيع لانها تبع له لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها
ولدها ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح
لان حقيقة الملك في رقبتها لا تثبت للمكاتب لقيام الرق المنافي فيه •

وانما

وانما ثبت له ملك اليد وملك اليد لا يبطل النكاح فجاز له ان يطأها بملك النكاح
وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيف ما كان لان الحكم لم يثبت
من جهتها وان لم يكن الولد معها اي مع ام الولد جاز بيعها عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما لانها ام ولده فصارت كالحر اذا اشترى ام ولده وحدها بدونه
ولابي حنيفة ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها الولد لان كسب المكاتب موقوف
بين ان يؤدي فيتقرر الكسب له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ وهو امومية الولد اذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ
او كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة فيلزم ان يجعل
الشيء الذي هو غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز
لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه وما للمكاتب حق فوقه
فلا يجوز ان يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ الا ان يمتنع بيعها تبعا للولد هاهنا وما
ثبت تبعا ثبت بشرائط المتبوع فلو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس
ينفيه وولد ام ولد المكاتب من امته يدخل في كتابته لانه بالدعوة ثبت نسبه
فيتبعه في الكتابة وكسبه اي كسب الولد له اي للمكاتب لان كسب الولد كسبه
ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه ولو زوج امته
من عبده ثم كاتبها فولدت الامة يدخل الولد في كتابة الام وكسبه
اي كسب الولد لها اي للام لان الولد يتبع الام في الاوصاف الحكمية
فكان مكاتبا تبعا لها فكانت احق بكسبه من الاب لانه لا ملك له عليها حتى
يسري الى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت
هي احق به لانه جزؤها فصار كنفسها ولو قتل هذا الولد يكون قيمته للام دون
الاب لما ذكرنا انه احق به ولو نكح مكاتب بالاذن امرأة زعمت انها حرة
فولدت المنكوحة ولدا فاستحقت فولدها عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف فليس له
ان يأخذه بالقيمة وعند محمد حر ويؤخذ منه اي من المكاتب قيمته اي قيمة الولد
بعد عتقه لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه رغب
في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه ولد بين رقيقين فيكون رقيقا لما مر
ان الولد يتبع الام في الرق والحرية لكن ترك هذا الاصل في المغرور باجماع
الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه ليلحق به لان حق المولى هناك مجبور
بقيمة ناجزة يعني يؤديها الحر في الحال وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق
فيبقى على الاصل ولم يلحق به قال الفاضل الزيلعي هكذا ذكروه وهذا مشكل
جدا فان دين العبد انما يلزمه بسبب اذن فيه المولى وانما يستقيم هذا اذا كان
التزويج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين في حق المولى فلا يلزمه مهر ولا قيمة
الولد في الحال انتهى وان وطئ المكاتب امة بملك يعني اذا اشترى المكاتب
امة فوطئها بغير اذن سيده او باذنه لكنه قال بغير اذن سيده ليتبين منه ما
اذا كان باذنه بالطريق الاولى فاستحقت اي استحقها رجل اخذ منه اي من
المكاتب عقرها في الحال من غير تأخير الى الاعتاق وكذا ان اشتراها
المكاتب شراء فاسدا فوطئها فردت بحكم الفساد اخذ منه عقرها في الحال من غير تأخير
الى الاعتاق ايضا وان تزوج المكاتب امة ووطئها بنكاح بلا اذن السيد فاستحقت
لا يؤخذ منه العقر الا بعد عتقه والفرق ان في الاول ظهر الدين في حق المولى لان
التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها اذ لولا الشراء
لم يسقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر وفي الثاني لم يظهر في حقه لان
النكاح ليس من الاكتساب فلا يدخل في الكتابة

قال صدر الشريعة ولقائل ان يقول ان العتق يثبت بالوطي لا بالشراء
والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطي والوطي ليس من التجارة في شيء فلا يكون العتق
ثابتا في حق المولى قال صاحب الدرر اقول جوابه انا سلمنا ان العتق يثبت بالوطي
لا بالشراء ابتداء وان الاذن بالشراء ليس اذنا بالوطي والوطي ليس من التجارة
لكن الوطي مستند الى الشراء اذ لولاه لكان الوطي حراما بلا شبهة فلا يثبت
العتق ويجب الحد فيكون الاذن بالشراء اذنا بالوطي والوطي نفسه وان
لم يكن من التجارة لكن الشراء منها فيكون ثابتا في حق المولى انتهى وقال العلامة
اخي جلبي يمكن ان يجاب عنه بان الوطي وان لم يكن من التجارة في شيء لكن سبب
الملك هو الشراء منها وتنزيل السبب منزلة المسبب من القواعد المقررة
عندهم هنا ما سنح لي انتهى يقول الفقير وجوابه حسن واوضح من جواب
صاحب الدرر وان كان تاما وجهه هنا لان قوله فيكون الاذن
بالشراء اذنا بالوطي لا يكون مستقيما بطريق الحقيقة الا بطريق تنزيل السبب
منزلة المسبب فتدبر ومثله مثل المكاتب العبد المأذون له بالتجارة يعني
ان وطي العبد المأذون امة بملك ثم استحقت اخذ منه عقرها في الحال من
غير تأخير الى الاعتاق وكذلك ان اشتراها فاسدا فوطئها ثم ردها
بحكم الفساد يؤخذ منه عقرها في الحال ايضا لان هذا من باب التجارة
والتصرف فيقع صحيحا تارة ويقع فاسدا اخرى والكتابة والاذن ينتظمان
البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما فظهر في حق المولى فيؤاخذ به في الحال
ولو وطئها المأذون امة بنكاح ثم استحقت يؤخذ بالعقر والفرق قد بيناه اه

فصل

مسائل هذا الفصل نوع اخر من جنس المسائل السابقة فلهذا فصلها بفصل على حدة
واذا ولدت المكاتبة من مولاها بان ادعاها فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة
او عجزت من التعجيز نفسها مفعول له وهي اي المكاتبة ام ولد سواء صدقته اذا ادعى
او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير
تصديق وانما تتخير لانه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة واجلة بغير بدل
وهي امومية الولد فتختار ايتهما شاءت ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاءت به
لستة اشهر او اكثر وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى
كالتحرير وانه يملك تحرير ولدها من غير قصدا فلان يملك في الضمن للدعوة بالطريق الاولى
واذا مضت على الكتابة يعني اذا اختارت الكتابة ومضت عليها اخذت عقرها من مولاها
عقرها اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها وان مات المولى بعد مضيها على الكتابة
عتقت بالاستيلاد وسقط عنها البدل لانها ما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها
بمقابلته بجهة الكتابة فاذا اسلمت لها نفسها بجهة اخرى لم تحتج الى تسليم البدل اليه اي
الى ورثته مجانا فلا يجب عليها وان ماتت وتركت مالا ادى منه كتابتها
وما بقي من المال ميراث لابنها لثبوت عتقها في اخر جزء من حياتها يقول الفقير
لو قال لولدها لكان اشمل فتدبر وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر
ولا يثبت نسب من تلده بعده بلا دعوة بل هو مثلها اي مثل ام الولد في الحكم
يعني لو نفت ولدا اخر بعده لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد
انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطئها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها
وولدت بعده لستة اشهر يكون العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا
كسائر اولاد امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب
تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها كذا في الزيلعي

وان كاتب

وان كاتب مدبره او ام ولده صح لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وان كانت ام الولد
غير متقومة عند ابي حنيفة وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد
والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل والمدبر وام الولد في هذا كغيرهما فيتحقق حكم الكتابة
فيهما فان مات المولى عتقت ام الولد المكاتبة مجانا اي بغير شيء يلزمها لانها عتقت بسبب
امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافي بينهما ومن حكم عتقها بعد الموت مجانا
والمدبر يسعى في بدل كتابته او ثلثي قيمته ان كان معسرا يعني اذا كاتب مدبره ثم مات
ولا مال له غيره فهو بالخيار بين ان يسعى في جميع مال الكتابة او ثلثي قيمته عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف يسعى في الاقل من البدل او ثلثي قيمته يقول الفقير المناسب وثلثي قيمته
بالواو تدبر وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي البدل او ثلثي القيمة المناسب ايضا بالواو
اعلم ان الخلاف هنا في موضعين الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار
ومع محمد في نفي الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الاعتاق وعدم التجزي فعنده لما كان
متجزيا كان يستحق عتق الثلث مجانا وبقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيما
بدل الكتابة مقابلا بثلثيه فلما مات المولى عتق ثلثه وتوجه اليه في الباقي جهتان كتابة
مؤجلة وسعاية معجلة فيتخير للتفاوت بين الامرين وفي التخيير فائدة لجواز ان يكون
اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر اداء لكونه حالا فكان في التخيير فائدة
وان كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق بعضه لعدم تجزي الاعتاق لا فائدة
في التخيير بين الدينين لان العاقل انما يختار اقلهما الا ان محمدا خالف ابا يوسف في المقدار
لان بدل الكتابة كان مقابلا بكله فلما عتق ثلث المدبر مجانا بموت المولى سقط حصته من بدل
الكتابة فبقي الثلثان فيسعى في الاقل من ثلثي البدل وثلثي القيمة ولابي يوسف ان جميع البدل
وان كان مقابلا بكله صورة لكنه مقابل بثلثي قيمته معنى لان المدبر لا يلتزم المال بمقابلة
ما يستحق عتقه وهو الثلث فيسعى في الاقل من البدل وثلثي قيمته وانما وضع المسئلة في
العسر لانه ان كان له مال غيره وهو يخرج من الثلث عتق وبطل كتابته وان دبر مكاتبه صح
لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا
التصرف نافع له لاحتمال ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا او يعجز عن اداء
بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة ومضى عليها اي على الكتابة او عجز من التعجيز
نفسه وصار مدبرا لوجود السبب الموجب له فان مضى عليها اي على الكتابة
فمات سيده معسرا سعى في ثلثي البدل او ثلثي قيمته عند ابي حنيفة وعندهما يسعى
في الاقل من ثلثي كل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه
على ما بينا واما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة
اذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فاعتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته
من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل
الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا وقوله من ثلثي كل منهما بيان للاقل
ونصبه حالا لانه متعلق بالاقل لان افعل التفضيل اذا استعمل بلا اللام لا يستعمل الا بمن
وكذا اذا وقعت هذه العبارة في موضع كما وان اعتق مكاتبه عتق
لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق وسقط عنه بدل الكتابة
لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالعتق
وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى
لكنها تنفسخ بالتراضي بالاجماع وقد وجد من المولى الاقدام على الاعتاق
ومن العبد حصول غرضه بلا عوض وبسلامة اكسابه وان كوتب العبد
على الف مؤجل فصالح على نصفها حالا صح والقياس ان لا يجوز لانه
اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر

وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له
حكم المال والكتابة ايضا مال من وجه دون وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا
او لان عقد الكتابة شرع مع المنافي اذ الاصل ان لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده
اذ العبد وما في يده لمولاه والاجل ايضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر
بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا ولان الصلح امكن جعله
ضمنا للكتابة السابقة ويحتمل العقد على جنسها حالة. م
وان مات مريض كاتب عبدا قيمته الف على الفين الى سنة ولا مال له الا هو ثم مات
غيره اي غير العبد ولم يجز الورثة لان المريض لم يتصرف في حق الورثة الا في حق
التاجيل فكان لهم ان يردوه ادى العبد ثلثي البدل حالا وهو الف وثلثمائة
وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم والباقي الى اجله وهو ستمائة وستة وستون
درهما وثلثا درهم او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما
وعند محمد يؤدي ثلثي قيمته وهي الف للحال والباقي وهو تمام الالفين الى اجله
او يرد رقيقا لان المريض كان يملك ترك ما زاد على القيمة بان يكاتبه على قيمته فيملك
تاجيله بالطريق الاولى لان التاخير اهون من الابطال وصار كما لو خالع امرأة
في مرض موته على الف الى سنة فانه يعتبر من كل المال لانه لو طلقها بلا بدل صح
فيصح تاجيله وهنا لان ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من ان لا يملكه اصلا
فاذا ملكه مؤجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة
فكان حق الورثة متعلقا بجميع البدل وقد تبرع بتاجيله فلا يصح نفوذه الا في الثلث
بخلاف بدل الخلع لان حق الورثة لم يكن متعلقا بجميع البدل وهو البضع
فلا يصير متعلقا بالبدل وان كاتب عبده على الف الى سنة وقيمته الفان
ولم يجز الورثة ادى ثلثي القيمة للحال او رد الى الرق اتفاقا لان المحاباة
هنا تحصل في القدر وهو اسقاط الف درهم والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى
فاعتبر الثلث فيهما جميعا اي يصح تصرفه في ثلث جميع قيمته في الاسقاط والتاخير
لكن لما سقط ذلك الثلث بقي التاخير ايضا فلم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في
حق الاسقاط ولا في حق التاخير قال الفاضل الزيلعي والفرق لمحمد بين هذه المسألة
وبين الاولى ان الزيادة على القيمة كانت حق المريض في الاولى حتى كان يملك اسقاطها
بالكلية بان يبيعه بقيمته فتاخيرها اولى لانه اهون من الاسقاط وهنا وقعت
الكتابة على اقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تاجيله لان
حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولى ومثلها اي مثل الكتابة البيع يعني ان
المريض اذا باع عبدا قيمته الف بالفين الى سنة ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة
فعندهما يقال للمشتري اما ان تعجل بثلثي جميع الثمن والثلث عليك الى اجله والا
فانتقض البيع واذا باع عبدا قيمته الفان بالف الى سنة ولم يجيزوا
يقال له اما ان تؤدي ثلثي القيمة في الحال والا فانتقض وهنا بالاتفاق
وان كاتب حر عن عبد بالف وادى الحر الالف عنه عتق ولا يرجع الحر به
اي بالالف عليه اي على العبد صورة المسألة ان يقول حر لمولى العبد كاتب عبدك
فلانا على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا
الشرط يعتق باداءه بحكم الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا علق عتقه بغيره
وانما لا يرجع به عليه لانه متبرع حيث لم يلزمه بالاداء ولا هو مضطر في ادائه
وهل له ان يسترد ما ادى الى المولى عنه فيه تفصيل يطلع عليه النهاية فليطلع عليه
وان قبل العبد ذلك فهو مكاتب لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته لانه عقد
بين فضولي ومالك فيتوقف على لزوم الاجازة كالفضولي اذا قبل عقد النكاح للغائب فقبوله اجازة

ولم يجيزوا صح

ولو قال

ولو قال العبد لا اقبل فادى عنه الرجل الذي كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد برده
ولو لم يقل على اني ان اديت اليك فهو حر فادى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف
لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي الاستحسان يعتق لان الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد
وهو انه يعتق عند اداء المشروط موقوفة فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد
وتصحيحا للعقد بقدر الامكان كذا في الزيلعي وتوضيح وجه الاستحسان انه لا ضرر
للعبد الغائب في تعليق عتقه باداء القائل بل الضرر له في وجوب البدل عليه
ولا وجوب عليه فيصح في حق حكم العتق ويتوقف في لزوم الالف العبد وقال بعضهم
صورة مسألة الكتابة هذه يعني صورة ان يقول الحر كاتب عبدك على الف درهم
ولا يقول على اني ان اديت اليك فهو حر كذا في العناية والنهاية والزيلعي فان قيل
ما الفرق بين هذا وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز بناء عليه
وهنا لا يتوقف والجواب ان ما ههنا اسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما ثمة
الزام وهو متوقف عليه وان كاتب المولى عبدا عن نفسه وعن آخر غائب فقبل
العبد الحاضر صح يعني كاتبهما المولى ومعنى المسألة ان يقول العبد الحاضر لسيده كاتبني عن
نفسي وعن عبدك فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر صحت هذه الكتابة استحسانا
والقياس ان لا يجوز الا عن نفسه لولايته عليها كمن باع ماله ومال غيره او
كاتب عبده وعبد غيره فان البيع يجوز في ماله لا في مال غيره والكتابة تجوز في عبده
لوجود الولاية عليه دون عبد غيره لعدمها وجه الاستحسان ان المولى خاطب الحاضر
قصدا وجعل الغائب تابعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل
في كتابتها ولدها المولود في الكتابة والمشترى فيها تبعا لها حتى يعتقان باداءها
وليس عليهما شيء من البدل ولان هذا تعليق العتق باداء الحاضر والمولى ينفرد به
في حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال اذا
اديته الي ففلان حر فانه يصح من غير قبول الغائب فكذا هنا فاذا امكن جعل الغائب تبعا
استغنى عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر وقبول الغائب ورده لغو اذ لا توقف في حقه
ويؤخذ الحاضر بكل البدل لان كل البدل عليه ولا يؤخذ الغائب بشيء لانه ليس عليه دين
الكتابة اصلا ولو اكتسب الغائب شيئا ليس للمولى ان يأخذ من يده وليس له ان
يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو ابرأ المولى او وهب مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه
ولو ابرأ الحاضر او وهبه له عتقا جميعا ولو اعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل
لان الغائب دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا بخلاف
الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام شيء من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا
ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها
المشترى فيها ولو اعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدي
الغائب حصته حالا والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يسعى على نجوم الام
اذا ماتت وايهما ادى اجبر المولى على القبول اما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو الاصل فيه
واما اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا اليه
كما اذا ادى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه قوله اجبر خبر قوله
وايهما ادى والعائد محذوف تقديره اجبر المولى فيه على القبول وعتقا لوجود شرط عتقهما
وهو اداء بدل الكتابة ولا يرجع احدهما على الآخر بما ادى الى المولى من بدل الكتابة اما
الحاضر فلانه قضى دينا عليه فلا يرجع به على غيره وان عتق الغائب معه لانه تبع له كما لو ادى المكاتب
البدل وعتق اولاده وابواه فانه لا يرجع عليهم بشيء وان عتقوا معه لكونهم اتباعا واما الغائب
فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر فيه من جهته بل يطلب نفعا مبتدأ وكذا لو كاتبهما معا يعني لو
كاتب عبديه كتابة واحدة ان اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولا يعتقان الا باداء الجميع

تبعا لها

فيها بي

وايهما ادى اجبر المولى على القبول وعتقا صح

ولا يعتق احدهما باداء حصته لانهما كشخص واحد بخلاف ما لو كاتبا العبدين
لاثنين كتابتين كذلك فان كل واحد منهما يصير مكاتبا بحصته يعتق باداها لان كل
واحد من السيدين انما استوجب البدل على مملوكه فيعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك
غيره بخلاف مسئلة الاولى لان شرطه معتبر في حقهما لانهما مملوكان له فان عجز احدهما
عن الاداء في المسئلة الاولى ثم ادى الاخر الكل عتقا لانهما كشخص واحد الا يرى
انهما لا يعتقان الا باداء الجميع وكذا لا يردان الا بعجزهما ولو كاتبت امة عنها
وعن ولدين صغيرين لها جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز واي ادى اجبر
المولى على القبول وعتقوا ولا يرجع المؤدي على غيره لانها جعلت نفسها اصلا
في الكتابة واولادها تبعا لها على ما بينا وذلك لان الام ان ادت فقد ادت دينا
على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفيه ذلك اشكال لا يرجع
فان قيل اذا ادى احدهما ينبغي ان لا يعتق الولد الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية
فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداؤه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه والولد الاخر
الام عتق فكذا اذا ادى احدهما قيل وهنا فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد
ليعلم هذا المعنى وانما وضعت المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد الاب
سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما ولا يجوز ذلك الا
لعدم ولايتها عليهما اذ الام الحرة لا ولاية لها فكيف الامة كذا في العناية

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين
ولو اذن احد شريكين في عبد للاخر ان يكاتب حصته منه اي من العبد بالف
ويقبض البدل ففعل اي كاتبه الاخر الماذون له كذلك وقبض البعض اي بعض البدل
فعجز المكاتب عن اداء باقيه فالمقبوض من البدل للقابض خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا المقبوض بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده وعندهما لا تتجزى واصل الخلاف
في الاعتاق هل يتجزى ام لا لان الكتابة شعبة من شعبه اذ هي تفيد الحرية في الحال يدا
وفي المال رقبة فلما كانت الكتابة عندهما غير متجزية فالاذن بكتابة نصيبه يكون اذنا بكتابة الكل
فالقابض اصيل في البعض ووكيل في البعض فيكون المقبوض مشتركا بينهما ويبقى كذلك بعد العجز
وعنده لما كانت متجزية كان الاذن مقتصرا على نصيبه والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة
وانما فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ اذا كاتبه بغير اذنه وبالاذن لا يبقى ذلك
فاذنه لشريكه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه فيكون متبرعا في نصيبه على القابض فيكون له
فان قلت لم لا يرجع بما يتبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بالثمن
على المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق يرجع بما تبرع به لان المقصود
من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا المتبرع بالمهر عن الزوج
ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع به لان مقصود المتبرع سلامة
منفعة البضع للزوج ولم يحصل فههنا ايضا مقصود الاذن بالتبرع ان يسلم
للمكاتب رقبته بالعتق ولم يحصل بالعجز فينبغي ان يرجع قلنا
المتبرع عليه ههنا هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن عتقه
وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا
بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع
اذا لم يحصل مقصوده وكذلك الزوجة فان ذمتها محل صالح
لوجوب دين المتبرع فيثبت له ايضا حق الرجوع

امة لرجلين

امة لرجلين كاتباها فجاءت بولد فادعاه احدهما ثم جاءت باخر فادعاه الاخر
فعجزت الامة عن اداء البدل فهي اي الامة ام ولد للاول لان احدهما لما ادعى الولد صحت
لقيام ملكه فيها فصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر
امومية الولد على نصيبه واذا ادعى الاخر ولدها الثاني صحت دعوته ايضا لقيام ملكه
ثم ان عجزت جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المانع من الانتقال
قد زال ووطؤه سابق وضمن الاول للثاني نصف قيمتها لانه تملك نصيبها لما استكمل الاستيلاد
ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة وضمن الثاني تمام عقرها لانه وطئ ام ولد الغير
حقيقة فلزمه كمال العقر وضمن قيمة الولد الثاني وهو اي الولد الثاني ابنه اي ابن الثاني
لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها وطئها على ظن انها ملكه فلما ظهر بالعجز وبطلان الكتابة
انه لا ملك له فيها كان الولد ولدا للمغرور فكان ثابت النسب منه وحرا بالقيمة
وايهما دفع العقر اليها قبل العجز جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها
بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا كله عند ابي حنيفة
وعندهما هي ام ولد للاول لتكميل الاستيلاد ولان الكتابة تفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب
ولا يثبت نسب الولد الثاني من الثاني لانها لما صارت كلها ام ولد للاول فوطئ الثاني
صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يضمن الثاني قيمته اي قيمة الولد لانه
عليه بالقيمة غرورا لا يجب الحد عليه للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما ولا حد على واطئ
مكاتبته وحكمه اي حكم الولد كامه يعني يكون تابعا لها في الاستيلاد ويضمن الثاني تمام العقر
لان الوطئ في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجابر او الحد الزاجر وتعذر ايجاب الحد للشبهة
فيجب العقر بكماله ويضمن الاول نصف قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وفي
يضمن الاقل منه اي من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من البدل لان حق
لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء
والتردد بينهما يجب اقلهما لان الاقل متيقن قال صاحب العناية اذا كاتب الرجلان
عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا
عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار
وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق
شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما
يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم
وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا
كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه في حق الرقبة الا نصف درهم
فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا
القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى هذا ينبغي على قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة
وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل انتهى
ولو لم يطأها الثاني بل دبرها فعجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما
لان المستولد تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطئ
فتبين ان التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلم يصح بخلاف النسب فانه
يثبت من الثاني ان وجد الوطئ منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد للاول
لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا في تعليل قول ابي حنيفة من قولنا ثم ان عجزت
جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المانع من الانتقال من ملك الى ملك
وهو الكتابة قد زال والولد له اي للاول لان دعوته قد صحت لقيام ملكه وضمن الاول لشريكه
نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد على ما مر وضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة بينهما

ولو اعتقها احدهما يعني ان كاتباها فحررها احدهما موسرا فعجزت ضمن المعتق
نصف قيمتها ويرجع به اي بما ضمن عليها اي على الامة عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما
قالا لا يرجع بشيء عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة وهذا الخلاف
مبني على ما مر ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما وان لم تعجز عن اداء البدل
فلا ضمان عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت
ما لم تعجز وكان اثره في ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه
لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما يضمن الموسر ويجب السعاية في المعسر
لان الاعتاق لما كان لا يتجزى عندهما عتق الكل فلزم ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان
كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
يقول الفقير وحاصل المقام والله اعلم انه لو حررها احدهما فلا يخلو من ان يكون موسرا
او معسرا فان كان موسرا وعجزت ضمن المعتق نصف قيمتها اتفاقا لكن يرجع بها عليها
عند ابي حنيفة وعندهما لا يرجع وان كان موسرا ولم تعجز فلا ضمان على المعتق عند ابي حنيفة
وعندهما يضمن وان كان معسرا يجب السعاية على الامة سواء عجزت او لم تعجز
لكن في صورة الاعسار كان له خيار العتق او الاستسعاء على ما هو مذهبه في الاعتاق
وعبارة المصنف قاصرة عن افادة هذا الحاصل فتدبر فيها حتى يظهر ما قلنا
ولو دبر احد الشريكين ثم اعتق الاخر يعني اذا كان العبد بين شريكين دبره احدهما
ثم اعتقه الاخر موسرا ضمنه اي العتق المدبر اسم فاعل نصف قيمته او استسعى العبد
او اعتقه يعني هو مخير بين التضمين والاستسعاء والاعتاق عند ابي حنيفة وان عكسا
يعني ان اعتقه احد الشريكين ثم دبره الاخر فالمدبر اسم فاعل يعتق او يستسعي
ولا يضمن عند ابي حنيفة ايضا وجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما
يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق و
التضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
والاعتاق يقتصر على نصيبه لانه لا يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله
يضمن قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق
ويضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم
المقومين وقيل ثلثا قيمته قنا لان المنافع انواع ثلاثة الاول البيع واشباهه
في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والارث والوصية والثاني الاستخدام
وامثاله في كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والوطء والثالث
الاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والاعتاق على مال والفائت بالتدبير
النوع الاول فيسقط منه ثلث القيمة واذا اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيار
فاذا دبر الاخر لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق
وعندهما اذا دبر الاول ضمن نصف قيمته موسرا او معسرا وعتق الاخر لغو لان التدبير يتجزى
عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن لشريكه نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك
فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قلنا لانه صادف التدبير وهو قن وعتق الاخر لغو
لانه صادفه وهو ملكه وان اعتق الاول ضمن لشريكه نصف قيمته لو كان موسرا واستسعى العبد لو كان
معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما وتدبير الاخر لغو لان الاعتاق
لما كان لا يتجزى عتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد عليه يقول الفقير صوروا
هذه المسئلة بجميع صورها لا مناسبة لها بالكتابة انما المناسبة لها بجانب الاعتاق
ولو صوروا بما اذا كان لرجلين عبد مشترك بينهما ثم اعتقه احدهما اولا
ودبره الاخر ثانيا او عكسا تكون من مسائل كتاب المكاتب ليت شعري لم لم يصوروها
بهذه الصورة وعلى كل حكم المسئلة التي صوروها الكل الا ان يقال رادهم هذه لكنه بعيد تدبر

باب العجز والموت

باب العجز والموت

اي موت المكاتب والمولى تأخيرا احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان هذه الاشياء
متاخرة عن عقد الكتابة اذا عجز المكاتب عن نجم اي عن المال الذي سمي بادائه في وقته
من الوظيفة وهو المراد هنا نظر الحاكم في حاله فان رجى له حصول مال بان كان له دين
يرجى ان يكون مقبوضا او مال يرجى قدومه لا يعجل الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين
او ثلاثة ايام نظرا للجانبين ولا يزيد عليها لان هذه المدة مضروبة لابلاء الاعذار كامهال
المديون للقضاء وامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه عليه الحكم فادعى
الدفع وقال لي بينة حاضرة يؤخر يوما او يومين او ثلاثة ايام ولا يزاد عليه وجعلوا هذا
التقدير من باب التعجيل دون التاخير فكذا ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي والاصل فيه
قصة موسى عليه السلام مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا قدر
صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة ايام كذا في النهاية والا اي وان لم يرج لحصول مال
عجزه الحاكم وفسخ الكتابة ان طلب سيده الفسخ او عجزه سيده برضاه اي برضى المكاتب
وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ لان الكتابة عقد لازم تام فلا بد من القضاء
او الرضا كما في الرجوع من الهبة وفي بعض الروايات ينفرد بالفسخ وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف لا يعجزه اي لا يحكم الحاكم بعجزه ما لم يتوال عليه نجمان
سواء رجى له مال او لم يرج لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد
في الرق علق رده بهذا الشرط فلا يوجد بدونه والاثر فيما لا يعرف بالقياس كالخبر
ولقائل ان يقول هنا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بمعتبر عندنا لانه يفيد الوجود فقط
والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام من انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند
وجود احدهما كما لو قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق قال صاحب التسهيل ولو كان
البدل نجما فعجز عن نجم عندهما ابو يوسف يجب لقول علي رضي الله عنه وامهله ثلاثة ايام
لو له مال سيصل اليه والا عجزه ولو كاتبه بحال فعجز امهله ثلاثة ايام لو له مال يصل اليه والا
عجزه الحاكم بجبر او سيده برضاه انتهى ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبا له
عجز عن نجم فرده في الرق والمروي عن علي كرم الله وجهه يفيد اثبات الفسخ اذا توالى
عليه نجمان ولا ينفي ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما
عرف من القاعدة كذا في الزيلعي يقول الفقير فيه بحث لان ما قاله فخر الاسلام من انه معلق بشرطين
والمعلق بالشرطين لا ينزل عند وجود احدهما وهذه ايضا من قواعد الاصول فتدبر
قال صاحب العناية في دليلهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز
عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا لان كون العجز سببا للفسخ لان مقصود
المولى الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه
والاثار متعارضة بيان ذلك انه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبا له عجز
عن نجم فرده في الرق فيسقط الاحتجاج بالاثار لان الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ
تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فيبقى ما قاله من الدليل وهو قولهما ان
سبب الفسخ قد تحقق اه سالما عن المعارض لان دليل ابي يوسف حكاية [illegible]
انتهى واذا عجز المكاتب عادت احكام رقه لان الكتابة قد انفسخت بالعجز وفك
الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد وما في يده لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده
اذ هو كان موقوفا عليه وعلى المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى
وقد تحقق العجز فكان لمولاه ويحل ما في يد المكاتب له اي للمولى ولو كان اصله من صدقة
قالوا اذا كان المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز فاما ان عجز بعد ادائه الى المولى او قبله
فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد
يتملكه صدقة والمولى يتملكه عوضا من العتق وتبدل السبب كتبدل العين

اصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فانها اهدت وهي مكاتبة حيث قال صلى الله عليه وسلم
هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح الفقير ما اخذ من الزكاة لغني او هاشمي
فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب الملك ونظيره المشتري
شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له وان كان الثاني كذلك الجواب
على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده المكاتب انما عجز ملك المولى
اكسابه ملكا مبتدأ ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر امته ظئرا ثم عجز وكذا
عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث
في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجته ولا للهاشمي لزيادة حرمته
والآخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى
وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى
يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ قالوا على قول
ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ لكن له
نوع ملك في اكسابه وبالعجز يتأكد ذلك كذا في العناية هـ
وان مات المكاتب عن وفاء يعني ان مات وله مال يفي ببدل الكتابة لا تنفسخ
وتؤدى بدل الكتابة من ماله ويحكم بعتقه في آخر جزء من حياته
ويورث ما بقي من ماله وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وبه اخذ علماؤنا وقال زيد
بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته وما ترك فهو لمولاه وبه اخذ الشافعي لان العقد لو بقي
لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت
العتق قبل الموت او بعده مقتصرا او مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء
والشيء لا يسبق شرطه ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق
اثبات قوة المالكية وهو لا يتصور في الميت بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود
عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى
يصلح ان يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا بعده الا يرى ان المولى
اذا قال انت حر بعد موتي يصح ولو قال لعبده انت حر بعد موتك لا يصح ولا الى
الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر استناده لان الشيء يثبت ثم يستند
ولان في استناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه وهو الاداء فلا يجوز
بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق بعد موته فيعتق لكون الميت اهلا للولاء
ولنا ان الكتابة عقد معاوضة ولا ينفسخ بموت احد المتعاقدين وهو المولى فلا ينفسخ
بموت الآخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين
فاذا جاز بقاء العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وهو مجاز ان يبقى بعد موت
العبد لحاجته الى مقصوده وهو شرف الحرية بل اولى لان الذي استحقه المولى في بدل الكتابة
حتى لو عجز العبد بنفسه عن اداء البدل يبطل والذي استحقه المكاتب قبل المولى
لازم حتى لو اراد ان يبطله ليس له ذلك ولان الموت انفى للمالكية منه للمملوكية
لان المملوكية عبارة عن العجز والمالكية عبارة عن القدرة والموت انفى للقدرة منه
للعجز فاذا بقي العقد مع اقوى المنافيين فمع ادناهما اولى الا ترى ان مملوكية العبد
باقية بعد موته حتى يجب الكفن على مولاه فكذا هاهنا تبقى المملوكية بل اولى لما فيها
التقضي الى الاتباع كالاولاد وما ذكره من الترديد قلنا انه يعتق بعد الموت عند
البعض لان يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا معتقا بعد موته ولهذا
يقدر الميت حيا في حق ما يحتاج اليه من امواله كتجهيزه وقضاء ديونه وتنفيذ
وصاياه وعند الجمهور يعتق في آخر جزء من اجزاء حياته استنادا لان سبب الاداء
موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه فيكون اداء خلفه كادائه بنفسه

واما

واما بان يقام الخلف الموجود منه في آخر جزء من اجزاء حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى
وهو الاداء المستحق عليه ويعتق اولاده الذين اشتراهم في كتابته او ولدوا في كتابته
لتعلق شراهم وولدهم على البتات حتى لو ولدوا قبل الكتابة لا يسعون ولا يعتقون
الا ان يكونوا مجبرين وعن هذا قال او اولاد الذين كونوا معه تبعا بان يكونوا
صغيرا او قضيقا بان كانوا كبيرا ولكن كونوا معه فان كلا منهم يعتق عتقوا في
آن واحد وان لم يترك وفاء اي مالا يفي ببدل الكتابة وله ولد ولد في كتابته سعى على نجومه
فاذا ادى حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه
فيخلفه في الاداء وصار اداؤه كاداء ابيه فيجعل كانه ترك وفاء وفي الكافي لو كاتب امته
على انه بالخيار ثلثا فولدت في مدة الخيار وماتت وبقي الولد بقي خياره وعقد الكتابة
عند ابي حنيفة وابي يوسف وله ان يجيزها واذا اجاز سعى الولد على نجوم امه
واذا ادى عتقت الام في آخر جزء من اجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان
وعند محمد تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم
مقام الوالد في الكتابة اذا كان ولد مكاتبة وانما يصير مكاتبا بعد ولهما ان في ابقاء
العقد فيه فائدة بان يجيزه المولى فيقوم مقامها وينفذ العقد في حق الولد
ثم يستند الى وقت الانعقاد والولد المشترى اما ان يؤدي حالا او يرد في الرق
عند ابي حنيفة وعندهما هو والولد المشترى كالاول اي يؤديه على نجوم ابيه
اعتبارا بالولد المولود في الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز
اعتاق المكاتب نفسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت
في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه ولم يسر
حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة فكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات
المتبوع ولكن اذا عجل واعطى من ساعته صار كانه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود
في الكتابة لانه مات بعد المكاتبة فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه هـ
وان مات المكاتب وترك ولدا من حرة ودينا على الناس فيه وفاء ببدل الكتابة فجنى
ذلك الولد فقضي بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب
صورتها مكاتب مات وله ولد من امرأة حرة وترك دينا على الناس فيه وفاء ببدل
الكتابة فولاء ولده لموالي الام وكتابته باقية اما بقاء الكتابة فلما مر والمال المنتظر
الذي مال لها باعتبار ماله ولكن لا يحكم بعتقه الا عند اداء بدل الكتابة وما لم يحكم بعتقه
لا يظهر لولده ولاء في جانب الاب فاذا ادى يحكم بعتقه ويتحول الولاء الى موالي الاب لان الولاء
كالعتق والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو انقطع المانع
من اثباته منه بان اكذب الملاعن نفسه يعود النسب اليه فكذلك الولاء اذا تقرر هذا فاذا
انه لو كان الولد يجني جناية في هذه الصورة وقضى القاضي بموجب الجناية على عاقلة الام
لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة وان يوهم ذلك القضاء هنا لان جعلهم عاقلة
يقتضي رقيته وليس كذلك لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله
اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم
لاحتمال ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه فكان ايجاب العقل على موالي الام من لوازم الكتابة
وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فظاهر
وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء
بعجزه اي بعجز المكاتب يعني لو مات هذا الولد فاختصم موالي الام وموالي الاب
فقال موالي الام مات المكاتب رقيقا وانفسخت الكتابة والولاء لنا
وقال موالي الاب مات حرا ولم تنفسخ الكتابة بموته والولاء لنا وهو قول بعض الصحابة
فقضى بولائه لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف خلاف في الولاء

وفي ذلك يبتني على بقاء الكتابة وانفساخها فانها اذا فسخت مات عبدا وتقرر
الولاء على موالي الام واذا بقيت لا تنفسخ بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي
الاب وهنا اي بقاء الكتابة وانفساخها فصل مجتهد فيه كما رأيتنا فينفذ ما يلاقيه
من القضاء وانما كان القضاء بالولاء لم نا فنا كان هنا قضاء بعجزه لان من ضرورة
القضاء بفسخ الكتابة لما ترى ان الولاء لا يكون من جانب الام الا اذا تعذر اثباته من
جانب الاب وانما يتعذر بفسخ الكتابة كذا في النهاية والعناية والزيلعي

ولو جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بجناية فعجز به لانه لو كان عالما بجناية فكاتبه
صار مختارا للفداء فعجز دفع او فدى يعني المولى بالخيار ان شاء دفع العبد بالجناية
وان شاء فداه بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء فيجب
عليه قيمته • اما الاول فلعدم علم بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله
وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفداء
لان احد هذين الامرين موجب جناية العبد في الاصل الموجب الاصلي لا يترك الا بمانع
فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمانع عند حال الكتابة
قائم اما عن الفداء فلما تقرر من عدم العلم واما من الدفع فلتعذره بالكتابة واما انا
عجز فقد زال المانع واذا زال عاد الحكم الاصلي وهو احد هذين الامرين
وكذا اي كما مر من الخيار بين الدفع والفداء لو جنى المكاتب فعجز قبل القضاء
به اي بموجب الجناية لما بينا ان احد هذين الامرين موجب جناية العبد لكن
الكتابة صارت مانعة من الدفع فاذا زال المانع بالعجز عاد الحكم الاصلي •
ولو جنى المكاتب فعجز بعد ما قضي عليه اي على المكاتب به اي بموجب الجناية •
فهو دين اي ما قضي به من موجبها دين في ذمته فيباع العبد فيه يعني ان قضي بموجب
الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش ثم عجز فهو دين عليه
يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء قال صاحب العناية اعلم ان المكاتب
اذا جنى جناية فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة
وهو احق بموجب الجناية عند تعذر الدفع على ان يكون الكسب له الا ترى ان
في جناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية لانه احق
بكسبها هكذا ذكره الكرخي وغيره • اذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء
من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد
الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه
ابو يوسف وكان يقول اولا لا يباع فيه وهو قول زفر لان المانع من الدفع
موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب ان يكون موجبها القيمة ولا تتغير كجناية
المدبر وام الولد ولنا ان الاصل في جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة
عند تعذر الدفع والمانع ههنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الا
عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او بالصلح عن الرضاء او بالموت عن الوفاء وهو
نظير المغصوب اذا ابق لا يجب عليه القيمة الا بالقضاء حتى اذا رجع قبل القضاء لا يكون
لمولاه وان رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع اذا ابق قبل القبض
لا يبطل البيع الا بالقضاء وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه ولهذا لا يبقى البيع
اذا قضي للمشتري بقيمته بخلاف المدبر وام الولد لانهما لا يقبلان الفسخ انتهى
لكن بعضه من الزيلعي لخفته لزيادة التوضيح ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد
لانها حق العبد فلا تبطل بموت السيد كالتدبير وامومية الولد الا انا اذا مات
الطالب ويؤدي المكاتب البدل الى ورثته على نجومه لانه استحق الحرية
على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير

وهذا

وهذا لانه لما كان صحيحا صح تصرفه بتاجيل كالاسقاط بخلاف ما اذا كان
مريضا وكاتب فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان
مريضا صح تصرفه بتاجيل في الثلث كالاسقاط • بخلاف ما اذا مات المطلوب
حيث يبطل الاجل لان ذمته قد خربت فانتقل الدين الى التركة وهي عين فان اعتقه
بعضهم اي بعض الورثة لا ينفذ لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك
فكذا بالارث ولا عتق فيما لا يملكه ابن ادم وان اعتقوه اي جميع الورثة كلهم
عتق مجانا والقياس ان لا يعتق ايضا لما ذكرنا من عدم الملك • وجه الاستحسان
ان يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه لجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب
عن جميع بدل الكتابة عتق كما اذا ابراه مولاه فان قيل فاجعل احد الورثة مبرئا عن نصيبه
قلنا لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء صحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء
بعض البدل او ادائه لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل
ولهذا لو ابراه المورث عن بعض البدل لم يعتق شيء منه • واذا لم يمكن اثبات المقتضى
لا يثبت المقتضي فلا وجه لابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة •

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقب المكاتب لانه من اثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب
على النهج المذكور الكتاب الى هذا الموضع موجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب
لئلا يتقدم الاثر على المؤثر وهو في الاصل ماخوذ من الولي وهو القرب وفي الشريعة
عبارة عن القرابة الحاصلة بسبب العتق او بسبب الموالاة • او نقول الولاء في اللغة
النصرة والمحبة وفي الشريعة عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل ويهذا يشعر
ظاهر كلام المغرب حيث قال والولاية بالفتح النصرة والمحبة وكذا الولاء الا انه اختص
في الشرع بولاء العتق والموالاة ثم انه اختلف كلمة القوم في ان الولاء في الشريعة هو
نفس القرابة الموجبة للارث ونفس التناصر الموجب للارث او هو نفس الارث الذي
هو اثرهما ومسبب عنهما اطلاقا للسبب على المسبب فزعم بعضهم انه نفس الارث
والظاهر ما ذهبنا اليه ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب واللحمة
بضم اللام التشابك والوصلة وبالفتح لغة كذا في المغرب والمعنى ان الولاء اتصال
واشتباك كالنسب ثم اعلم ان الولاء قسمان الاول ولاء يقال له ولاء العتاقة
ويسمى ولاء النعمة ايضا اقتباسا واستنباطا من الاية الكريمة وهي قوله تعالى
واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالاسلام وانعمت عليه
بالاعتاق وهو زيد بن حارثة فان زيدا كان قنا لخديجة الكبرى رضي الله عنها اولا ثم
وهبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اعتقه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو الذي ذكره الله عز وجل في القرآن الكريم بقوله فلما قضى زيد منها وطرا
ولم يذكر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في القرآن العظيم احد باسمه بخصوصه
غيره وسبب هذا القسم من الولاء العتق على ملكه في الصحيح حتى ان عتق عليه قريبه
بسبب الارث كان الولاء له كذا في الهداية وقوله في الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا
فانهم يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن
اعتق وهذا ضعيف جدا فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق ههنا
فالاصح ان سببه العتق على ملكه اذ الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال
ولاء الاعتاق كذا في المبسوط على ان الاعتاق ايضا ههنا موجود معنى كما ملك قرابته
اعتقه فان صاحب الشرع جعل مالكه من جهة قرابته معتقا له كيف لا والعتق اثر
على الاعتاق كرتب الانكسار على الكسر فالقول بوجود الاعتاق كالقول بوجود الانكسار بلا كسر

العتق بدون

والعقل عن اعراض بذلك والجهات العقلية معتبرة في اعتبارات الشرع كما في كتاب الحقيقة والاحكام للمولى الشهير بمصنفك يقول الفقير في كلامه تامل وهو ان الانكسار بدون ممكن كما اذا انكسر الزجاج بدون صنع احد بالسقوط من علو او بتاثير الحر والبرد به والقول بوجود الكسر فيه يعني كانه كسره السقوط او غيره تكلف بعيد لا يصار اليه غاية ما في الباب ان الانكسار قد يكون موثره الكسر وقد يكون غيره نعم لا يوجد الكسر بدون الانكسار لكن عكسه ممكن بل واقع كثيرا ووجود العتق بدون الاعتاق هنا كوجود الانكسار بدون الكسر وهو ظاهر لا ينبغي ان يشتبه فيه ثم قال الطرسوسي رحمه الله الغفور والقسم الثاني من الولاء ولاء يقال له ولاء الموالاة وسببه العقد والحكم يضاف الى سببه فلهذا يقال ولاء الموالاة والمطلوب بكل واحد من الولائين التناصر اذ المعتق ومولى الموالاة يتناصر بقبيلة مولاه ولهذا شرطوا في ولاء الموالاة ان لا يكون للاسفل نسب اذ لو كان له نسب يتناصر بقبيلة نفسه ولا حاجة الى التناصر بقبيلة غيره وكان من دأب العرب انهم كانوا يتناصرون فقررهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف انتهى

الولاء لمن اعتق هذا لفظ الحديث يعني من اعتق مملوكه ذكرا كان او انثى فولاؤه له يقول الفقير ولعل احسن المص في هذا الاقتباس حيث ساقه لبيان الحكم ودليله معا قال صاحب العناية ووجه الاستدلال به ان الحكم اذا ترتب على مشتق يدل على ان الاشتقاق علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق والدليل العقلي على ثبوت الولاء لمن اعتق انه احياه معنى بازالة الرق فيرثه اذا انعم بالعزم والمرأة في هذا كالرجل لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ولقوله صلى الله عليه وسلم ليس للنساء الا ما اعتقن الحديث وروي ان ابنة حمزة رضي الله عنها اعتقت عبدا لها ثم مات عن بنت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لبنته ونصفه الآخر لبنت حمزة ولو اعتق في دار الحرب وخلاه لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه وعندهما يثبت له الولاء فيرثه كذا في الكافي ولو ادى المكاتب بعد موت المولى عتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور وكذا العبد الموصى بعتقه او شرائه فاعتقه الوصي بعد موته لان فعل الوصي اليه كذا في الزيلعي ولو بتدبير او استيلاد او كتابة او وصية او ملك قريب لان ولاء العتاقة لمن اعتق او باشر سببه فيكون معنى ما روينا ان الولاء لمن اعتق او باشر سببه فيكون معنى ما روينا ان الولاء لمن اعتق او باشر سببه كانه جعل صلى الله عليه وسلم مباشرة سببه اعتاقا ايضا والى هذا اشار في كلام صاحب مجمع البحرين بل صرح به حيث قال ولاء العتاقة لمن اعتق او باشر سببه قال صاحب الاختيار وسبب ولاء العتاقة العتق لاضافته اليه والحكم يضاف الى سببه سواء كان ببدل او بغير بدل او الكفارة او النذر او اعتق القريب بالشراء او عتق المكاتب بالاداء وعتق المدبر او ام الولد بالموت لان جميع ذلك يضاف الى العتق فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق انتهى يقول الفقير الظاهر ان بعض ذلك الجميع يدخل تحته بكونه اعتاقا حقيقة وبعضه بكونه مباشرة بسببه تدبر واورد بان الولاء بالتدبير والاستيلاد كيف يكون للمولى والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت المولى واجيب بان صورته ان يرتد المولى عياذا به تعالى ولحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فمات مدبره وام ولده فالولاء له وعكس ان يقال لا حاجة الى هذا التصوير بل المراد ان ثبوت الولاء لعصبة المولى انما يكون بسبب ثبوته للمولى فانه يستحق اولا لصدور سبب العتق منه ثم يسري منه الى العصبة تدبر

ولو

ولو شرطه اي شرط المعتق الولاء لغيره يعني لو اعتق الكو وشرط ان يرثه غيره كان الشرط لغوا او سائبة معطوف على قوله شرط بتقدير مضاف اي ولو شرط سائبة يعني لو شرط ان يكون معتقا ولا ولاء بينهما لانهما شرطان مخالفان للحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق فيرثه كما في النسب اذا شرط انه لا يرثه وروي عن عائشة رضي الله عنها ارادت ان تشتري بريرة وتعتقها وكان مواليها شرطوا ان يكون الولاء لهم فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقيها فان الولاء لمن اعتق فابطل الشرط وجعل الولاء للمعتق قال صاحب المغرب يقال وهبه سائبة اي معتق لا ولاء بينهما وفي القاموس السائبة العبد يعتق على ان لا ولاء له يقول الفقير لعل التاء للنقل من الوصفية الى الاسمية ولا يتوهم ومن اعتق حاملا من زوج قن الغير فولدت لاقل من نصف سنة فولاء الولد له لا ينتقل عنه ابدا يعني اذا تزوج عبد رجل امة الآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام قصدا لانه جزء منها والمولى او الاعتاق على جميع اجزائها مقصودا فيكون اوقع الاعتاق على الجنين والولاء لا ينتقل عن المعتق لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلد لاقل من نصف سنة من وقت الاعتاق للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق وكذا لو ولدت توأمين احدهما لاقل من نصف اي من نصف سنة والآخر لاكثر وبينهما اقل من ستة اشهر لانا تيقنا ان الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا انهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاعتاق الاول تناول الآخر ايضا ضرورة فصار معتقا لهما والولاء لا يتحول عن المعتق وان ولدت لاكثر من ذلك اي من نصف سنة فولاؤه لمولى الام ايضا لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية الا يرى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه لكن ان اعتق الاب جر اي جر الاعتاق الولاء الى مواليه اي الى موالي الاب لان موالي الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليهم تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب لرقه فاذا اعتق الاب امكن نسبته اليه فجعله تبعا له اولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب ينسب الى الآباء فكذا الولاء فينتقل الى موالي الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع قال صاحب العناية والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل امة وولدها عتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه كان منفصلا من الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل واعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر او ولدت احد التوأمين لاقل من ستة اشهر بيوم ثم اعتق الاب فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالي الاب وان اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لموالي الام فان اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه قال الفاضل الزيلعي هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر وقت ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالي الاب ثم ان الاصل في جر الولاء ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت المملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوه جر الولاء وما روي ان زبيرا رضي الله عنه ابصر فتية لعسا بخيبر فاعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي فقال رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى للزبير انتهى ما ذكره الزيلعي الفتية جمع الفتى وهو الشاب القوي واللعس جمع العس يقال الرجل العس اذا كان في شفته سمرة وقوله فتية لعسا بيان لملاحتهم والظرف الظرافة وهي الذكاء

وعن ابن الهمام انه الظاهر في الكتاب ومنه حديث ابن عمر اذا كان اللص ظريفا لا يقطع
اي اذا كان كيسا جيد الكلام يدرأ الحد باحتجاجه كذا في المغرب فقوله عجيب ظرفهم اي
وقيل كياستهم والحرقة بضم الحاء المهملة وفتح الراء والقاف لقب لبطن من جهينة كذا في المغرب
ولا يرجع الاولون عليهم بما عقلوا عنه قبل الجر يعني لو عقل عنه موالي الام
قبل الجر ثم اعتق الاب فجر ولاء ابنه الى مواليه لا يرجع موالي الام على موالي الاب بما عقلوا عنه
قبل الجر لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصورا على زمان عتق الاب
لان سببه وهو عتق الاب مقتصر غير مستند الى وقت سابق فكذا احكامه بخلاف ما اذا
قوم الام قضوا دينا على موالي الاب فلهذا لا يرجع موالي الام على موالي الاب بما عقلوا عنه
ولو تزوج عجمي له مولى موالاة او لا معتقة سواء كان معتقها من العرب او لا فولدت
فولاء الولد لمواليها اي لموالي المعتقة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف
حكمه اي حكم الولد حكم ابيه فلا يكون ولاؤه لمواليها لان الولاء كالنسب الى الاب
كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى
ولهما ان ولاء العتاقة قوي يعتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه
والنسب في حق العجم ضعيف لتضييعهم انسابهم ولهذا لا يعتبر الكفاءة بالنسب بينهم
اذ لا يفتخرون به اصلا انما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين
واليه اشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من قال سلمان ابن
الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه كالعبد وكذا
اذا كان للاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة
فصار وجوده كعدمه وكذا حريتهم ضعيفة الا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق
بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحرية قوية ثابتة فامتنع نسبة الولد الى غير الاب
ثم ان القدوري وضع الخلاف في معتقة العرب حيث قال من تزوج من العجم بمعتقة
العرب والجمهور وضعوه في مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي
لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين ان يكون المعتق من العرب او من غيرهم
فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة الى المعتق ما لم يكن ابوهم عربيا وثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة او غيرها من ذوي الارحام ومعتق امه
كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما وعند ابي يوسف يكون المال لذوي الارحام
لان حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا
والمعتق مقدم على ذوي الارحام وهو مؤخر عن ذي الفرض ويدخل في نسبته الى الميت انثى
مؤخر عن العصبة النسبية وهي على ما عرف في علم الفرائض اما عصبة بنفسه اي ذكر
لا فرض له ولا تدخل في نسبته الى الميت انثى واما عصبة بغيره وهي انثى يعصبها ذكر
واما مع غيره كالاخت لاب وام او لاب تصير عصبة مع البنت وكلهم يتقدمون على المعتق
وكذا المعتق مقدم على الرد على ذوي الفروض وهو اخر العصبات وهو قول علي رضي الله
عنه واخذ علماء الاصحاب وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول ان المعتق مؤخر عن
ذوي الارحام لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
وقوله صلى الله عليه وسلم للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته
شرط الارث ان لا يدع وارثا وذووا الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض
يستحق بطريق الارث فوجب تاخيره عن الكل وكذا قوله صلى الله عليه وسلم
الولاء لحمة كلحمة النسب يدل على ذلك لانه شبهه وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يتقدم
عليه بل يخلف عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة انه صلى الله عليه وسلم
جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين ماتت عنها وعن بنته فهذا هو التعصيب
حقيقة نعم بين لك ان المراد بقوله صلى الله عليه وسلم ولم يدع وارثا وارثا هو عصبة

ولفظ

ولفظ العصبة في قوله صلى الله عليه وسلم كنت انت عصبته يدل عليه لان العصبة
هو الذي ياخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد يحرز جميع المال على ان الاية لا تدل
ان التشبيه يوجب التاخير او التقديم بل يثبت المماثلة بوجهها والاية ليس
لكن اخرناه عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
فجعلناه مثل عصبة فيتقدم على من يتقدم عليه العصبة ويتاخر عمن يتاخر عنه العصبة
فان مات السيد ثم مات المعتق ولا وارث له من النسب فارثه لاقرب عصبة المعتق
عصبة سيده على الترتيب المعروف في علم الفرائض فيكون ارثه لابنه اي لابن السيد
دون ابيه لو اجتمعا وهو اختيار سعيد بن المسيب وبه قال الشافعي والقول الاول لابي يوسف
وعند ابي يوسف لابيه السدس والباقي للابن وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
وبه قال شريح والنخعي لان الولاء كان اثر الملك فيلحق بحقيقة الملك ولو ترك المعتق مالا
وترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله والباقي لابنه فكذا اذا ترك ولاء والجواب
انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولا له حكم المال كالقصاص الذي لا يجوز الاعتياض عنه
بالمال فلا يجري فيه سهام الورثة الفرضية كما في المال بل هو سبب يورث به بطريق العصوبة
فيعتبر الاقرب فالاقرب والابن اقرب العصبات ولو كان يجري فيه سهام الورثة
بالفرضية كان المال كالنساء نصيب من الولاء بالارث على ان قوله صلى الله عليه وسلم
الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث دليل واضح على ما ذهبنا
ولو ترك المعتق ابن المعتق وجده فالولاء كله للابن بالاتفاق قال
شيخ الاسلام خواهرزاده ولو ترك جد المعتق واخاه كان الولاء كله للجد عند ابي حنيفة
لانه اقرب الى الميت في العصوبة من الاخ على مذهبه وعندهما الولاء بينهما نصفين وذكر
محمد في كتاب الولاء عن كبار الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي بن كعب وغيرهم
انهم قالوا الولاء للكبر فاستدل بعض الفقهاء بظاهره على ان الولاء لاكبر بني المعتق
بعد موته فانه قائم مقامه في العشيرة لكن المذهب عندنا ان المراد بالكبر القرب يعني
في استحقاق الولاء اقرب بني المعتق يوم موته حتى ان من مات المعتق عن ابن وابن ابن اخر
للمعتق كان الولاء للابن لانه اقرب كذا في شرح الفرائض السراجية للفاضل الشريف قدس سرها
وعند استواء القرب يستوي القسمة كما اذا مات ابنا المعتق او اخوه وليس للنساء
من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن
الحديث اي اقرأ الحديث الى اخره واخره او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن
او معتق معتقهن وصور المسائل التي في هذا الحديث مذكورة مفصلة في كتب الفرائض
وهي مشهورة فلذلك تركناها ولو مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شيء لها
في ظاهر الرواية من اصحابنا ويوضع ماله في بيت المال وبعض مشايخنا يفتون
بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال
الا ترى انها لو كانت ذكرا كانت تستحقه ولا ينبغي في زماننا بيت المال وانما كان بيت
في زمن الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وهكذا كان يفتي الامام
ابو بكر الزرنجري والقاضي الامام صدر الاسلام ولو دفع السلطان او القاضي اليها
لكن المستحق ظاهرا وعلى هذا ما فضل عن فرض احد الزوجين يرد عليه لانه اقرب الناس
اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن والبنت من الرضاع يصرف اليهما اذا لم يكن هناك
اقرب منهما ثم ان ولاء العتاقة كما يجري بين المسلمين فكذلك يجري بين الذميين حتى
ان ذميا اذا اعتق عبدا ذميا كان ولاء العبد له لان الذمي يرث من الذمي بالنسب فكذا
بالولاء الذي هو لحمة كلحمة النسب ويستوي ان يكون العبد والمولى يهوديين او نصرانيين
او احدهما يهوديا والاخر نصرانيا كذا في النهاية

فصل

وجه مناسبة بولاء العتاقة ظاهر وقدم ولاء العتاقة على ولاء الموالاة لان ولاء العتاقة
اقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان ينتقل
قبل العقل ولان الاحياء الحكمي وجد في ولاء العتاقة ولم يوجد في ولاء الموالاة اصلا
ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه سبب للارث ولانه مقدم على ذوي الارحام
بخلاف ولاء الموالاة ثم اعلم انا نحتاج ههنا الى بيان ولاء الموالاة لغة وشرعا
وبيان شرائطه واحكامه اما اللغة فقد ذكرنا في ولاء العتاقة واما شرعا فقد ذكر
في الذخيرة هو ان يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذي اسلم على يديه واليتك على انى ان مت
فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه وقال اكثر المشايخ الاسلام
على يديه ليس بشرط فعندهم ولاء الموالاة ان يقول رجل لرجل واليتك على انى ان مت
فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر اسلم على يديه او لا
واذا قال الاخر مثل ذلك وقبل الاول يرث كل منهما صاحبه ويعقل عنه واما شرائطه
فثلاث احدها ان يكون مجهول النسب عند البعض كما سنذكره وهو بان لا ينسب الى غيره
واما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة
مع احد قد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا واما حكمه فهو وجوب العقل على
الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وان كان له وارث
فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام كذا في النهاية والعناية قال الزيلعي وقال مالك
والشافعي لا اعتبار بهذا الولاء اصلا لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم ولقوله صلى الله عليه
وسلم حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو اولى الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين ان يوجد
موالاة اخرى او لم يوجد وقال يحيى بن سعيد اذا جاء رجل من ارض العدو فاسلم على يد رجل
فولاؤه لمن والاه ومن اسلم من اهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمي سبق له
عقد مع المسلمين فصار تبعا لهم فلا يملك ابطاله ولنا الاطلاق فيما تلونا من قوله تعالى والذين عاقدت
والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن ائمة التفسير وما رواه ليث محمول على ما اذا احدثوا
عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الآية وبين اقوال الصحابة رضي الله عنهم فانه روي
عن علي وعمر وابن مسعود وابن عباس رضوان الله تعالى عليهم اجمعين مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم
خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له ان يضع ماله حيث شاء اذ ليس فيه
ابطال حق احد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما يوضع فيه مال الضائع
ليتصرف فيه الامام اذا لم يكن لصاحبه ان يتصرف فيه لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف
فيه صاحبه كان تصرفه اولى من تصرف الامام كما في حال حضرته وقولهم ان الآية منسوخة
بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض قلنا الذي يرد انها منسوخة في حق
التقديم فانهم كانوا يتقدمون على اولي الارحام فنسخ ذلك التقديم وفي الآية اشارة
اليه حيث قال اولى ببعض وكونهم اولى منه لا يوجب سقوطه عند عدمهم الا يرى
ان الاولوية موجودة في كثير من الورثة لا سيما في العصبة ثم عند عدم من هو اولى
لا يوجب سقوط الاخر وما تمسكوا به من قوله صلى الله عليه وسلم لا حلف في الاسلام
المراد بالحلف الذي كانوا يتعاقدون عليه في الجاهلية من قولهم دمي دمك وهدمي
هدمك وثاري ثارك وحربي حربك وسلمي سلمك تعقل عني واعقل عنك وترثني و
ارثك فكان ذلك للتناصر على الحق والباطل والتقديم في الارث على القريب
فنفاه الاسلام التناصر على الباطل واوجب التعاون على البر والتقوى فتقدم القريب
في الارث ثم شرط صحة هذه الموالاة ان يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد
يقع على ذلك فلا بد من ذكرهما في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه يمكن
فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى انتهى ما في الزيلعي

وولاء الموالاة

وولاء الموالاة سببه العقد ولهذا يضاف الى الموالاة وهي العقد على الوجه الذي نقلنا
والاصل في الاضافة اضافة المسبب الى سببه كما يضاف الولاء الى العتاقة
في القسم الاول لان سببه العتق على ما بينا فلو اسلم عجمي مجهول النسب انما شرط كونه
عجميا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الموالاة وانما شرطنا كونه مجهول النسب لانه من عرف
نسبه لا يجوز له ان يوالي غيره على ما هو مختار البعض قال في فروع الروم جامع اشتات العلوم
ابن الكمال عليه رحمة الملك المتعال في شرح الفرائض واما كونه مجهول النسب فليس بشرط
وقال ابن الملك في شرح مجمع البحرين وهو المختار ثم انهم اختلفوا في مجهول النسب قال
صاحب القنية مجهول النسب الذي يذكر في الكتب هو الذي لا يعرف نسبه في مولده
على يد رجل ووالاه انما قال ووالاه لان بمجرد الاسلام لا يثبت الولاء ما لم يعقد عقده
وعند ليث بن سعد يثبت بمجرده كما نقلناه عنه آنفا على ان يرثه ويعقل عنه او والى
غير من اسلم على يده صح هذا العقد ان لم يكن معتقا فانه اذا كان معتقا لم يصح
عقد الموالاة لقوة ولاء العتاقة فلا يظهر الضعيف في مقابلة القوي
وعقله عليه وارثه له ان لم يكن له وارث وهو اي مولى الموالاة مؤخر عن ذوي الارحام
لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم غير وارث فلا يملكان ابطاله
وله اي لمن والى ان ينتقل عنه اي عن ولاء الموالاة بغير رضا صاحبه قبل ان كان يعقل
فينقض عقد الموالاة معه لانه عقد تبرع فلا يكون لازما بحضرته اي بحضرة صاحبه
لان العقد تم بهما فلا ينفسخ احدهما بالقول الا بحضرة صاحبه كما في عزل الوكيل
قصدا فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح فكذا هنا وله ان ينفسخ فعلا مع
غيبته لان انفساخ العقد في حق الاول يثبت ضمنا لصحة العقد مع الثاني فصار
كالعزل الحكمي في الوكالة فانه يصح حال غيبته وهو اي الفسخ فعلا بان ينتقل عنه
الى غيره اي بان يعقد الموالاة مع غيره ما لم يعقل عنه وبعد ان عقل عنه او عن ولده لا ينفسخ
ولا ولده لتاكده بتعلق حق الغير وبحصول المقصود به ولاتصال القضاء به ولانه لا يملك
التحول قبل ان يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته
فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعدما تحمل الجناية عن ابيه
لانهما كشخص واحد في حكم الولاء وللاعلى ايضا اي كالاسفل ان يتبرأ عن ولائه بمحضره
اي بمحضر الاسفل قال صاحب الهداية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا
انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر ولو اسلمت امرأة ووالت او عقدت
عقد الموالاة مع شخص او اقرت بالولاء فولد مجهول النسب ولهذا لا يعرف له اب
او كان معها ولد صغير كذلك اي مجهول النسب صح هذا العقد واقرارها وتبعها
اي تبع ولدها اياها فيه اي في الولاء يعني يصير مولى لذلك الشخص عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما لان الام لا ولاية لها في مال ولدها فاولى ان لا يكون لها ولاية في نفسه
وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق صغير لا يعبر عنه اب فيملكه الام كقبول الهبة
يقول الفقير صورت هذه المسئلة في جميع الكتب سوى مختار الفتاوى خالية عن قيد اسلامها
على ما هو مختار اكثر الفقهاء من عدم كون الاسلام على يد الاعلى شرطا لكن المصنف اقتفى
اثر المختار فلهذا قال ولو اسلمت امراة ووالت الخ والظاهر ان مرادهما ولو اسلمت
امراة على يد شخص ووالت مع ذلك الشخص وان لم يصرحا بذلك ولو اقر رجل
انه معتق فلان فكذبه المقر له في الولاء اصلا او قال لا بل والى فاقر المقر لغيره
فالولاء لا يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له
وصار كأن لم يوجد فكان له ان يتحول الى غيره وله انه اقر بولاء يحتمل النقض فلا يبطل
برد المقر له كمن شهد على رجل بنسب فردت شهادته ثم ادعى الشاهد انه ولده
لا يصح فكذا هذا والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الاكراه

لما ذكر كتاب الولاء واقوى الولائين ولاء العتاقة وهو من اثار العتق والعتق من
المواضع التي لا يؤثر فيها الاكراه ناسب ذكر الاكراه عقب الولاء اولان في الاكراه تغير
حال المخاطب من الحرمة الى الحل في عامة المواضع كذلك بعتق المولى الاعلى تغير حال المخاطب
الذي هو المولى الاسفل من حرمة تناول مال المولى الاسفل الارث الى الحل بعد العتق
فهذان الوجهان لا يبعدان مناسبة بالولاء الا بالتكلف ولقد احسن صاحب الدرر
في ايراده عقب كتاب الغصب فالمناسبة بينهما كما لا يخفى الشيخ الهاجة تنبيه
ثم اعلم ان المراد من بيان الاكراه والغصب والجنايات بيان احكامها ثم محاسن
بيان حكم الاكراه ظاهرة اذ ببيان حكم الاكراه يتبين غاية رافة الله تعالى في حق عباده
حيث لا يؤاخذ عباده بمباشرتهم فيما لا يرتفع حرمته ابدا بسبب الاكراه الصادر
من اهل العناد مثل اكل الميتة وشرب الخمر وذلك دليل على عموم رافته وشمول رحمته
وهو لغة عبارة عن حمل انسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملت
على امر يكرهه وقد اختلفت كلمات القوم في معناه شرعا فقد ذكر في الايضاح ان
الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي
طلب منه وذكر في الوافي ان الاكراه عبارة عن تهديد القادر غيره بمكروه على امر بحيث
ينتفي به الرضا وذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه
او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم الاهلية في حق المكره او يسقط عنه الخطاب
فلك ان تختار من هذه التعريفات ايها شئت كذا في النهاية وصاحب الوقاية
عدل عن تعريف بعضهم التعريف الذي ذكر في المبسوط وتبعه المص فقال
هو اي الاكراه فعل يوقعه الانسان بغيره فيفوت به اي بذلك الفعل رضاه
اي رضا ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلا او يفسد به اختياره
مع تحقق عدم الرضا ايضا كالتهديد بالقتل مثلا بنوع الفعل وفي هذا المحل
كلام فيه لصدر الشريعة لتحقيق التعريف وقد اورده صاحب الدرر على هذا
التعريف وكلام صدر الشريعة اعتراضا بان فيه جعل قسيم الشيء قسما له
فقولنا فقط وقولنا مع تحقق عدم الرضا ايضا يدفع اعتراض صاحب الدرر
على ما اشار اليه مولانا محمد المعالي في تعليقاته على الدرر ان شئت فراجع صدر الشريعة
والدرر وتعليقات المولى المزبور ثم تامل في قولنا فقط وقولنا في قسيمه مع
تحقق عدم الرضا ايضا حتى يعلم دفع الاعتراض مع بقاء اهلية
هذا تصريح بان الاكراه لا يزيل اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب والتكليف
لان الاهلية بالذمة والعقل والبلوغ وهي باقية في المكره ولان المكره مبتلى
والابتلاء يحقق الخطاب والدليل على كونه مخاطبا ان افعاله مترددة بين فرض
وحظر واباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر اخرى كسائر افعال المكلفين في حال
الاختيار وشرطه اي شرط اعتبار الاكراه امور اربعة الاول قدرة المكره
اسم فاعل على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا هذا عندهما لان الاكراه
اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وذلك
يتحقق من القادر عليه سواء كان سلطانا او غيره وعند ابي حنيفة لا يتحقق الا من السلطان
لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان لكن قالوا هذا اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف حجة وبرهان لانه في زمانه لم يكن لغير السلطان من العزة ما يتحقق به الاكراه
فاجاب بناء على ما شاهد في زمانه وفي زمانهما ظهر الفساد وصار الامر الى كل متغلب
فيتحقق الاكراه من الكل والفتوى على قولهما كذا في الخلاصة والثاني خوف المكره
وقوع ذلك وقوع ما هدد به في الحال بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير محمولا على ما دعي اليه من الفعل

والثالث

والثالث كونه اي كون المكره ممتنعا قبله اي قبل الاكراه عن فعل ما اكره عليه لحقه
كبيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده او لحق شخص اخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع
كشرب الخمر والزنا ونحوهما والرابع كون المكره به متلفا نفسا او عضوا
او موجبا غما يعدم الرضا وهذا يختلف باختلاف الناس فان الاراذل ربما لا يغتمون
بالضرب والحبس فالضرب اللين لا يكون اكراها في حقهم بل الضرب الشديد وكذا
الحبس الا ان يكون حبسا طويلا يتضجر منه والاشراف يغتمون بكلام فيه خشونة
فمثل هذا يكون اكراها لهم كما سيجيء عن قريب ان شاء الله تعالى
ثم شرع في تفصيل الشرط الرابع بالفاء التفريعية فقال فلو اكره على بيع ماله
او شراء سلعة او اجارة داره او اقرار على ان لرجل عليه الف بقتل متعلق باكره
بان قال افعل والا اقتلك او ضرب شديد بان ضربه ليفعل او حبس مديد
بان حبسه مدة ليفعل فباع او اشترى او اجار او اقر اعلم وصف الضرب بالشدة
والحبس بالمديد ليظهر كونهما اكراها البتة لان الضرب الشديد والحبس المديد
يكون اكراها في الجميع بخلاف الضرب اللين والحبس اليسير فانه لا يكون اكراها بالنسبة الى
اراذل الناس تدبر خير بين الفسخ اي فسخ البيع او الشراء او الاجارة او الاقرار
والامضاء اي امضاء هذه الاشياء لان الاكراه الملجي يعدم الرضا والرضا شرط
لصحة العقود فتفسد عند فوات الرضا وكذا الاقرار حجة حالة الاختيار
لترجح جانب الصدق فيه على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب
الصدق لدفع الضرر عن نفسه والاكراه بحبس الوالدين او الاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ
ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه ويملكه المشتري ملكا فاسدا ان قبضه اي
يثبت بالبيع والشراء مكرها الملك للمشتري عند القبض لكونه فاسدا كسائر البياعات
وقال زفر لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد الا يرى انه لو اجازه بعد زوال
الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز بالاجازة ولا يرتفع الفساد
والموقوف لا يفيد الملك بالقبض ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول
صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه وهو التراضي وفوات الشرط
تأثيره في فساد العقد او نقول لما وجد اصل البيع في محله لم ينعدم ذلك
بالاكراه فكان ينبغي ان ينفذ كالطلاق الا ان الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو
التراضي ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلو
يصير به البيع غير مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة الا بشرط المماثلة
وانه زائد على ما يتم به البيع فكان النهي بهذا المعنى في حق غير المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه
غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزائد شرعا فكذا هذا
فلم يبق الفرق بين هذا المنهي وبين النهي عن بيع الربا لان ما يتعلق به الحرمة هناك
اتصل بالمبيع وصفا وفي مسئلتنا اتصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة
كلها يتعلق النهي بالوصف فيكون مشروعا بوصفه فيفيد الملك بالقبض وكذا
حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالاعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه
ومن هنا قال فلو اعتق صح اعتاقه لكونه داخلا في ملكه ولزمه قيمته لانه اتلف
ملكه بعقد فاسد كما في سائر البياعات الفاسدة فان قيل لو كان كسائر البياعات
لما عاد جائزا بالاجازة كهو اجيب بان اجازة المالك يرتفع المفسد
وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيها باق
قال الفاضل الزيلعي ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء
كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام
الدين والصدر السعيد تاج الاسلام

الفاسد

الفاسد

وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على اني متى قضيت الدين
فهو لي فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين يفيد الملك
عند اتصال القبض به وينقض البايع بيع المشتري وهبته كبيع المكره لان الفساد
باعتبار عدم الرضاء فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا
منهم السيد الامام ابو شجاع وعلي السغدي والامام القاضي الحسن الماتريدي قالوا
لما شرط عليه اخذه عند قضاء الدين كان بمعنى الرهن لانه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين
والعبرة في العقود لمعانيها دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه
ولا ينتفع به واي شيء اكل من زوائده ضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استاجره
البايع لا يلزمه اجرته كالراهن اذا استاجر الرهن ويسقط الدين بهلاكه
والحاصل انه يثبت فيه جميع احكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا
مفيدا بعض احكامه وهو التصرف والانتفاع دون البعض وهو البيع والهبة
من آخره
منهم الامام نجم الدين النسفي فقال اتفق مشايخنا في هذا الزمان على جوازه فجعلوه
بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام دون البعض لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد
قد تترك بالتعامل حتى جوز الاستصناع لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى
ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبارا بالهازل وقال صاحب الكافي والصحيح ان
العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا لان كلا منهما عقد مستقل
شرعا لكل منها احكام مستقلة بل يكون بيعا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ فيه فسد
لان البيع يفسد به وكذا يفسد ان لم يشترطا الفسخ ولكن تلفظا بلفظ البيع
بشرط الوفاء لان هذا الشرط مفسد او تلفظا بالبيع الجائز والحال ان عندهما
اي في زعمهما هو بيع غير لازم فانه ايضا فاسد عملا بزعمهما وان ذكرا البيع بغير شرط ثم
ذكره على وجه الميعاد جاز لخلوه عن المفسد ويلزم الوفاء به لان المواعيد قد تكون لازمة
قال صلى الله عليه وسلم العدة دين فيجعل هنا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه انتهى
وقبض الثمن من المشتري او تسليم المبيع للمشتري طوعا اجازة بالبيع يعني لو اكره
على البيع فباع بغير رضاه ثم قبض الثمن او سلم المبيع طوعا كان اجازة لان
القبض والتسليم طائعا دليل الرضاء وهو الشرط لا فعلهما كرها
وهو ظاهر لعدم الرضاء ولا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره عليها اي على الهبة
يعني لو اكره على الهبة دون التسليم فسلم طوعا لا يكون تسليمه طوعا اجازة والفرق ان الاكراه
على البيع لا يكون اكراها على القبض او التسليم اذ الملك يثبت بدونهما في البيع
مقصود المكره فيكون القبض او التسليم طائعا دليل الرضا بخلاف الهبة لان
المكره لا يثبت بمجرد الهبة بل بالقبض فيكون الاكراه على الهبة اكراها على تسليم الموهوب
نظرا الى مقصود المكره وان هلك المبيع في يد مشتر غير مكره والبايع مكره
لزم المشتري قيمته اي قيمة المبيع لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا بالقيمة
وللبايع المكره تضمين اي شاء من المكره بكسر الراء والمشتري لان المكره آلة له فيما يرجع
الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم صلاحيته لان التكلم بلسان الغير لا يمكن
فصار كان المكره دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع على المشتري
بقيمته لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره على البيع وان ضمن المشتري ينفذ ملك
المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن لانه ملكه
بالشراء او القبض لانه اشتراه وهو بيع حقيقة من كل وجه فيه توقف نفوذه
على سقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة

وان ضمن المشتري بعد ما تداولته البياعات نفذ كل شراء وقع بعد شرائه لا ما وقع قبله
يعني لو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر ثم وثم حتى تداولته البياعات نفذ الكل
بضمان المشتري الاول وله ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات
التي بعده وبطل ما قبله فيرجع المشتري الضامن بالثمن على بايعه ثم يرجع هذا البايع بالثمن على بايعه
ثم وثم وان اجاز المكره عقدا منها اي من هذه البياعات جاز ما قبله اي ما قبل هذا العقد
ايضا اي كما جاز ما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا والمانع
من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل لان المجيز يكون مسقطا حقه لا ان يكون
مملكا بالاجازة فاذا سقط حقه بالاجازة عاد الكل الى الجواز واما اذا ضمنه فانه لم يسقط
حقه لان اخذ القيمة كاسترداد العين فيبطل البياعات التي قبله وليس اخذ الثمن استردادا
للمبيع بل اجازة فافترقا ولان في الضمان يثبت الملك المستند فيستند الى حين العقد
لا قبله كانه اشتراه من هذا الحالة في اول العقد برضاه لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت
وجود سبب الضمان فافترقا ايضا وله اي للمشتري استرداده اي استرداد الثمن اذا فسخ البيع
لو كان الثمن باقيا في يد البايع والمكره وان كان هالكا لا ياخذ منه شيئا لان الثمن كان امانة
عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه
للتملك وهو لم يقبضه للتملك لانه كان مكرها على قبضه فكان امانة كذا في الكافي والعناية
يقول الفقير بعون الله الملك القدير هذه المسألة غير واقعة في محلها انما موضعها عقيب
قوله لا فعلهما كرها كما وقعت في سائر الكتب هناك تتبع تجد وضرب سوط وحبس يوم
ليس باكراه الا في حق من يستضر به ان ضرب سوط او حبس يوم لكونه
ذا منصب فان كلا منهما يكون اكراها في حقه على ما بيناه فيما سبق والحاصل انه ليس في الضرب
والحبس حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالراي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا
الى راي الامام لانه يختلف باختلاف احوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد
او حبس مديد ومنهم من يتضرر بادنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط
او تعريك اذن او حبس يوم سيما في ملأ الناس او بحضرة السلطان فيتحقق في حقهم الاكراه
بمثلها لان فيها هوانا وذلا اعظم الالم وان اكره على اكل ميتة او اكل دم
او لحم خنزير او اكره على شرب خمر بضرب او حبس وقيد لا يحل له التناول
يعني لو اكره على تناول هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه او على عضو كالضرب
وامثاله لا يسعه ان يقدم عليه وان اكره على تناول هذه الاشياء بقتل او قطع عضو
حل تناولها لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة
على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه تعالى استثنى حالة الضرورة و
الاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا
فظهر ان التحريم مخصوص بحال الاختيار وفي حالة الاضطرار يكون مباحا
والاضطرار يحصل بالاكراه الملجي وهو ان يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه كما
في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب السوط ولا بالحبس حتى لو خاف على نفسه
من الضرب او الحبس وغلب على ظنه تلف نفسه او عضو يباح له وقدر بعضهم
بادنى الحد وهو اربعون سوطا يعني ان هدده به وسعه وان هدده باقل من ذلك
لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرا
لا متلفا بخلاف الحد فان منه ما يكون متلفا قلنا لا وجه للتقدير بالرأي واحوال
الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يحتمل الادنى منه فلا طريق سوى الرجوع
الى راي المبتلى به فان غلب على ظنه ان تلف النفس او العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا
كذا في الزيلعي واثم بصبره على التلف يعني اذا امتنع من تناول هذه الاشياء
وصبر حتى تلف اثم لان علمها الاباحة لان تناولها في هذه الحالة مباح على ما بينا

والمكره النفس والعضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم به الا انه اذا لم يعلم الاباحة
فهو في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء فيتصف نوع الاحتراز عن المعصية فكان معذورا
فلا يأثم كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب في حق من اسلم فيها وعن ابي يوسف
انه لا يأثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار
مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية
كذا في الزيلعي كما في المخمصة يعني يحل تناول هذه الاشياء في حالة المخمصة وان لم يتناول
وصبر حتى تلف يكون آثما ان علم الاباحة قال الفاضل الزيلعي وعلى هذا الخلاف لو صبر في حالة
المخمصة يعني روي عن ابي يوسف ايضا انه لا يأثم مطلقا لو صبر في حالة المخمصة كما في الاكراه
وان اكره على الكفر او سب النبي صلى الله عليه وسلم بقتل او قطع عضو رخص له
اظهاره اي اظهار الكفر او سب النبي صلى الله عليه وسلم وقلبه مطمئن بالايمان لقوله تعالى
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولما روي ان عمار بن ياسر اكرهه المشركون على الكفر فاعطاهم
ما ارادوا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم يا عمار ما يبكيك فقال عمار شر ما تركوني حتى تلفظت بكلمة الكفر فقال رسول
صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك في هذه الحالة قال مطمئنا بالايمان
فقال صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد يعني ان عادوا الى الاكراه فعد الى الطمأنينة
وفيه نزلت الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت حقيقة الايمان لان التلفظ به في هذه
الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق حقيقة فلا يكون معنويا حق الله تعالى
في المعنى فرخص له احياء لنفسه او طرفه لان حرمة العضو كحرمة النفس الا ترى ان المضطر
لا يرخص له قتل النفس بالاكل ولا قطع عضو ويؤجر بالصبر على التلف يعني يكون مأجورا
ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل او قطع عضوه لان خبيب بن عدي بن زيد صبر على ذلك
حتى صلب وذلك انه روي ان المشركين اخذوه فباعوه من اهل مكة فقال له اهل مكة
لنقتلنك ولتذكرن آلهتنا بخير وتشتم محمدا وكان يشتم آلهتهم ويذكر محمدا
صلى الله عليه وسلم بخير حتى صلبوه فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء
وقال هو رفيقي في الجنة لانه بذل مهجته وجاد بروحه تعظيما لله تعالى واعلاء لكلمته
فكان شهيدا كمن بارز بين الصفين فقتل فانه يكون شهيدا وكذا هذا
ومن هذا القبيل سب النبي صلى الله عليه وسلم وترك الصلوات الخمس وكل ما ثبت فرضيته بالكتاب
لا يقال الكفر مستثنى في حالة الاكراه بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
كما استثنى الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا نقول
الاستثناء هنا راجع الى العقاب والغضب لانه المذكور قبله فينتفي العذاب والغضب
على تقدير الاكراه دون الحرمة بخلاف الميتة والخمر واخواتها فان المذكور هناك الحرمة
فينتفي الحرمة في تلك الحالة ولا رخصة على اظهار الكفر او السب ان اكره عليه بغيرهما
اي بغير القتل وقطع العضو لان غيرهما غير ملجئ وان اكره على اتلاف مال مسلم
باحدهما اي بالقتل او القطع رخص الاتلاف له اي المكره لان اتلاف مال الغير يستباح
للضرورة كما في المخمصة وقد تحققت والضمان على المكره بكسر الراء
لانه هو المتلف حالا والمكره بفتح الراء آلة فيما يصلح الآلة والاتلاف من هذا القبيل لان المكره
يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلف بهذا الطريق بخلاف الاكل والتكلم والوطي
فان فيها لا يصلح المكره ان يكون آلة للمكره بكسر الراء لانه لا يمكن الاكل بفم غيره ولا التكلم بلسان غيره
ولا الوطي بآلة غيره او على قتله او قطع عضوه لا يرخص يعني لو اكره على قتل غيره او قطع عضوه
بالقتل او قطع العضو لا يرخص له القتل ولا قطع العضو لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره
والمكره عليه في ذلك سواء فسقط ولان قتل النفس بغير حق وقطع عضوه كذلك مما لا يستباح لضرورة
فكذا لا يستباح لهذه الضرورة فان قتل اثم لان الحرمة باقية فيأثم بمباشرته

قال

فصاحبا الاختيار وكذا سب المسلم وايذاؤه وضرب الوالدين لان الظلم حرام شرعا وعقلا لا يباح
بحال ما ولا بوجه فان فعل يعني ان قتل او قطع العضو فالقصاص على المكره بكسر الراء فقط
لا على المكره عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا قصاص على احد لان القتل او القطع
بقي مقصورا على المكره من وجه حتى اثم واضيف الى المكره من وجه حيث انه حمل المكره عليه
فكان المكره قاتلا حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة في الجانبين فلا يجب القصاص
ولهما انه محمول على القتل طبعا ايثارا لحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع
كالسيف فان طبعه القتل عند الاستعمال في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح الآلة وهو كذا
بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى المكره
كالقتل اجيب بانه لا يصلح آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق الاثم مقصورا عليه
كما انتقل في الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف الى العبد
حتى وجب عليه قيمة العبد وتنتقض عليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد وكما انتقل
في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى
يحرم كذا هنا وقال زفر يجب القصاص على المكره دون المكره لان القصاص يجب على القاتل والقاتل
هو المكره حقيقة لانه هو المباشر وكذا حكما لانه يأثم به وهذا لان القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره
والاصل في الافعال ان يؤاخذ بها فاعلها الا انه سقط حكم فعله شرعا واضيف الى غيره كما في الاكراه
على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل واضيف الى غيره وهنا لم يسقط
حكم فعله بل قرر حكم فعله بدليل انه يأثم اثم القتل واثم القتل يكون على القاتل وقال
الشافعي يجب القصاص عليهما اما المكره فلما قال زفر واما المكره فلحصول التسبب منه
الى القتل حيث احدث في معنى حاملا له على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشر في
وجوب القصاص عنده وهنا حكم بوجوب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا
كذا في الزيلعي ولو اكره على ان يرمي نفسه من جبل فيقتل فرمى هنا
فدية على عاقلة المكره عند ابي حنيفة لانه في معنى القتل بالمثقل وفيه يجب الدية على العاقلة فكذا
وعند ابي يوسف في ماله لان القتل الحاصل بالاكراه لا يوجب القصاص عنده
لتمكن الشبهة كما سبق قريبا فيجب الدية الا ان العاقلة لا تتحملها لانه عمد فتجب في ماله
وعند محمد عليه اي على المكره القصاص لانه في معنى القتل بالمثقل وهو يوجب القصاص
عنده ولو اكره بقتل على تردية اي على سقوط من مكان عال او اقتحام نار يعني لو اكره
بقتل على ادخال نفسه في نار او ماء او على ادخال نفسه فيهما وكل من الامرين اعني احد هذه
الثلاثة مهلك فله اي للمكره الخيار في الاقدام عليه او الصبر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يلزمه الصبر وقيد بالقتل لانه لو اكره بالضرب ليس له الاقدام عليه اتفاقا وقيد
بقوله وكل مهلك لانه لو لم يكن كذلك كان له الاقدام اتفاقا لهما انه لو القى
نفسه هنا مباشرا الى اهلاك نفسه فوجب الصبر تحرزا عنه وله انه ابتلي ببليتين
متساويتين في الافضاء الى الاهلاك فيتخير ثم اذا القى نفسه في نار ونحوها فعلى المكره القصاص
لان المكره مضطر من جانبه الى الالقاء وعندهما لا قصاص لانه مختار في القاء نفسه كذا في
ابن ملك شرح مجمع البحرين ولو وقعت نار في سفينة فكان بحيث ان صبر احترق
وان القى نفسه في الماء غرق فله الخيار عند الامام الاعظم وعند محمد يلزمه الثبات
لانه لو القى نفسه هنا مباشرا في اهلاك نفسه وللامام انه ابتلي ببليتين متساويتين فيتخير
وابو يوسف مع الامام في رواية ومع محمد في رواية كذا في التسهيل وان اكره
على طلاق او عتاق او توكيل بهما اي بالطلاق والعتاق نفذ يعني ان اكره
على تطليق امرأته او اعتاق عبده فطلق او اعتق وقع ما اكره عليه عندنا لان الاكراه
لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض الاحكام كالبيع والاجارة
والاقارير لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا واما الطلاق والعتاق فلا يشترط فيها الرضا فيقعان

الا يرى ان العتق والطلاق يتعلقان مع الهزل لعدم اشتراط الرضاء فيهما بخلاف البيع واخواته
وكذا لو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق فاوقع الوكيل وقع استحسانا والقياس ان لا يصح
لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه
لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة
لا تؤثر لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع المكره
بقيمة العبد على المكره لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه ومنع صلاحيته
لذلك لان الاتلاف ثبت في ضمن التلفظ وهو لا يصلح آلة له والتلفظ قد يفيد عتقه حكما
كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ وانما صح كونه آلة
صحت الاضافة اليه فلذا ان يضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار
ان ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد بتصرف في ملكه
وكذا يرجع المكره على المكره بنصف المهر لو كان الطلاق قبل الدخول وكان المهر مسمى
في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف
السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تاكد ذلك
بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير كالايجاب
فكانه اوجبه على المكره ابتداء فكان متلفا له فيرجع عليه ولا يرجع عليه بشيء
لو كان الطلاق بعده اي بعد الدخول لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق وبقي
مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال
الا يرى ان الشاهدين اذا رجعا بعد الدخول لا يضمنان ولو قال المكره في مسئلة العتق خطر
ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا الانشاء في الحال يعتق العبد
في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن
المكره له شيئا لزعمه انه لم يقع العتق ولو قال خطر ببالي ذلك لكن لم ارد ذلك وانما اردت به
الانشاء في الحال او لم ارد به شيئا او لم يخطر بباله شيء عتق قضاء وديانة ورجع بقيمته على المكره
وعلى هذه التفاصيل الطلاق ولو اكره على ان يعتق عبده او يطلق امرأته التي لم يدخل بها
ايهما شاء ففعل المكره احدهما نفذ ذلك عليه ولزم على المكره الاقل من نصف الصداق و
قيمة العبد لانه في التزام الاقل مضطر وفي التزام الاكثر ليس بمضطر والرجوع بسبب الاضطرار فيرجع
بالاقل كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وصح يمين المكره ونذره وظهاره يعني لو اكره
على اليمين او النذر او الظهار لان كل واحد منها لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه على ان النذر
من اللاتي هزلهن جد حيث قال صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق
والعتاق واليمين والنذر من جنس اليمين والظهار من جنس الطلاق لانه كان طلاقا في الجاهلية
فاوجب الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كما لا يؤثر فيه الهزل واليمين مطلق
سواء كان على الطاعة او المعصية والاصل فيه حديث حذيفة رضي الله عنه ان المشركين اخذوه
واستحلفوه على ان لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر به
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله تعالى عليهم ولا يرجع المكره
بما غرم بسبب ذلك على الحامل لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به هنا وصح رجعته
اي رجعة المكره وايلاؤه وفيئه اي في الايلاء بان يقول فئت اليها لانها لما صحت مع الهزل
صحت مع الاكراه ايضا وصح اسلامه اي اسلام المكره فانه اذا اكره عليه صار مسلما لانه
وجد احد الركنين قطعا وفي الاخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى
لكن لا يقتل لو ارتد بعد الاسلام مكرها لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الاسلام في الابتداء
فيكون كفره اصليا فلا يكون مرتدا ولا يصح ابراؤه اي ابراء المكره مديونه او كفيله
فانه اذا اكره على الابراء خير بعد زوال الاكراه ان شاء امضاه وان شاء طلبه
ولا يصح ردة المكره لانها تتعلق بالاعتقاد والاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد

هنا

هنا لبيان الحكم واما فيما بينه وبين الله تعالى فاذا لم يتغير اعتقاده لا يكون كافرا
فلا تبين بها اي بالردة بالاكراه امرأته لانه لما احتمل ان يكون قلبه مطمئنا بالايمان
ولا يكفر وقع الشك في ارتداده حقيقة فلا يرتفع النكاح الثابت بيقين
فان ادعت تحقق ما اظهره وادعى ان قلبه مطمئن بالايمان صدق استحسانا
وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم
بالطلاق فيستوي في ذلك الطائع والمكره وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة
للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة
ولو اكره على الزنا ففعل حد ما لم يكن هو السلطان وعندهما لا حد عليه وفي الكافي
قال صدر الشريعة اقول كون الاكراه مسقطا للحد متفق عليه فيما بينهم بل هنا الاختلاف
انما هو في تحقق الاكراه من غير السلطان فان عند ابي حنيفة الاكراه لا يتحقق من غير
السلطان فالزنا لا يكون مع الاكراه فيحد واذا اكره السلطان فزنى لا يحد لوجود
الاكراه هنا وعندهما الاكراه يتحقق من السلطان وغيره فلا يحد في الصورتين انتهى
وقال صاحب الاصلاح ولا يتضح مدار الجواب هنا ليس على ذلك الاصل الخلافي كما
ذهب اليه كثير من الناظرين بل على اصل آخر قرره الزاهدي في شرح القدوري حيث قال
ان الاكراه لا يتصور فيه لان الوطء لا يحصل الا بانتشار الآلة ولا يتصور الاكراه
في الانتشار فكان طائعا فيجب الحد الا ان يكرهه السلطان لان اقامة الحد اليه
الذي حمله عليه ثم طعن في كلام صدر الشريعة من وجهين ان شئت فراجعه
قال صاحب العناية والنهاية قال ابو حنيفة رحمه الله اولا ان اكره احد على الزنا
فزنى وجب عليه الحد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة وذلك
لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل ومع الخوف
يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال
لا حد عليه اذا كان المكره هو السلطان لان الحد للزجر ولا حاجة الى الزجر
مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف على نفسه
فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير بذلك شبهة
في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي ينتشر
من النائم من غير اختيار وشعور وهذا وجه قول ابي يوسف ومحمد انه لا يلزم الحد
واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من قبيل اختلاف العصر
كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم
وجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع
وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر
تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته فهو ذو اناة في امره وغيره يخاف الفوت
بالالتجاء الى باب السلطان فيعجل في الايقاع وجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه
اذ ليس فوقه من يلجأ اليه ويتمكن من دفع غيره بالالتجاء الى السلطان فان لم يتمكن في موضع
لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها
لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد خلافا للشافعي وفي كل موضع سقط
الحد وجب المهر لان الوطء في غير الملك لا ينفك عن احدهما فاذا سقط الحد وجب المهر
اظهارا لخطر المحل فانه مصون عن الابتذال محترم كاحترام النفوس سواء كانت مكرهة على الفعل
او اذنت له اما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها ولم يوجد الرضا منها واما الثاني فلان اذنها
ليس بحل الوطء فكان اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا بمنزلة اذن الصبي والمجنون في اتلاف ماله
او هي متهمة في هذا الاذن لما لها في ذلك الاذن من استيفاء الحظ فجعل الشرع اذنها بمنزلة التهمة
لصيانة المحل عن الابتذال والحاجة الى الصيانة لا تنعدم بالاذن الا ترى انها لو زوجت نفسها بغير مهر وجب المهر

انتهى والله تعالى اعلم

كتاب الحجر

اورد الحجر عقب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره
الا ان الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق
بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهو احد قطبي امر الديانة والاخر التعظيم
لامر الله تعالى كذا في العناية يقول الفقير توضيحه ما قاله الامام الغزالي حجة الاسلام قدس سره
في الاحياء من ان الاسلام يبتنى على امرين احدهما الشفقة على خلق الله والاخر التعظيم لامر الله
لان معاملة المسلم اما بربه او بمخلوقه فلا بد له ان يعظم ربه في المعاملة معه وان يشفق
على مخلوقه في المعاملة معه انتهى اذا عرفت هذا فاعلم ان في الحجر شفقة على خلق الله تعالى
التي هي احد مبنى الاسلام لان الحجر انما يجري عما هو من الاسباب تقتضي الحجر عن مبتغاه
لان الله تعالى خلق الورى على التفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الراي والنهى
وبعضهم مبتلى باسباب الردى فيما يرجع الى معاملة الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل
والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما
لان الظاهر من تصرفهما هو ضرر يلزمهما لانه ليس لهما عقل كامل يردعهما وكذلك
حجر الصبي والرقيق اما الصبي ففي اول احواله كالمجنون وفي اخره كالمعتوه فما هو الضرر
فيهما متوقع في حق الصبي واما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل
يتصرف في مال الغير مثل استعماله في نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر
واما حجر المديون وحجر السفيه على قولهما فنظر للمحجور وغيره على ما يجيء ان شاء الله تعالى
اذا ثبت هذا فاعلم ان الحجر بانواعه مبني على الرحمة والنظر ودفع الاذى والضرر فكان الحجر
حسنا لمعنى في نفسه لما ان امر الديانة والاسلام يجمع في شيئين التعظيم لامر الله تعالى والشفقة على خلق
ولا ارتياب لاحد في ان حسن التعظيم لامر الله تعالى فكذا حسن الشفقة على خلق الله
ذلك هذا محصول ما ذكره صاحب النهاية في هذا المقام
وهو في اللغة المنع مطلقا وفي الشريعة منع نفاذ تصرف قولي والتقييد بالقولي ضروري
اذ الحجر لا يتصور في افعال الجوارح لان الحجر معناه ان يجعل تصرف المحجور عليه كلا تصرف
يجعله كالمعدوم شرعا وهذا لا يجري في الافعال الحسية فان من قتل انسانا او قطع يده
او اتلف مالا لا يمكن ان يجعل هذه الافعال معدومة شرعا والا لادى ذلك الى ان لا يكون
المقتول مقتولا والمقطوع مقطوعا والاتلاف اتلافا وهذا دخول في السوفسطائية
الظاهرة العوار وانكار للحقائق الموجب للبوار في دار القرار واما الاقوال فيمكن
اما الانشاءات فهي ظاهرة اذ التطليق والاعتاق والبيع والهبة وما اشبه ذلك
ليس لها تأثير حسي في المحل بل اعتبار المحل موصوفا بالاثار المخصوصة باعتبار الشرع
حتى لو لم يعتبر الشرع ذلك لما ترتب تلك الاثار عليها فهي اثار شرعية محضا
واما الاخبارات كالاقارير والشهادات وسائر التصرفات القولية فوجهها
انما هي باعتبار الشرع فقط اذ هي دلالات مجردة عن المخبر عنه فجاز الوقوع
وعدمه اذ هي امور محتملة للصدق والكذب ولان اعتبار القول شرعا بالقصد
اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا
بالقصد والقصد يكون بالعقل ولا عقل للمجنون والصبي فلا يكون لهما قصد
واما الفعل فاعتباره غير محتاج الى القصد الا ترى الى ما تقرر في الجنايات من ان النائم
اذا انقلب على مال انسان فاتلفه فهو ضامن وان لم يوجد القصد اذا عرفت هذا
فاعلم ان الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة والحجر ايضا ثلاثة الصغر والجنون والرق
وهذا بالاتفاق ومن هنا قال واسبابه الصغر والجنون والرق والحق بهن
الثلاثة ثلاثة اخرى وهو المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس
وهذا ايضا بالاتفاق واما حجر المديون والسفيه فعلى قول ابي يوسف ومحمد كذا في النهاية

فلا يصح

وهذا بالنظر الى الصبي المميز واما الصبي الغير المميز فتصرفه غير نافذ وان اذن الولي كالمجنون

فلا يصح تصرف صبي او عبد بلا اذن ولي او سيد لما بينا ان عديم العقل ان كان غير مميز
وناقص العقل ان كان مميزا فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا اذن له الولي فيصح حينئذ
لترجح جانب المصلحة واما حجر العبد فلحق المولى فاذا اذن له فقد زال فيتصرف باهلية
ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير يقول الفقير المناسب ان يقول
فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا اذن ولي وسيد بالواو ولا وجه لاتيانه باو تدبر
ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال يعني لا يجوز تصرفه اصلا وان اجازه الولي
لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا يميز فصار كالطوطي وان كان يجن تارة ويفيق اخرى
فهو في حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه
وتصرفه صحيح بالاجازة واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا واحسن ما قيل فيه هو من كان قليل
الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون
وقيل هو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون ومن عقد منهم اي من عقد
من هؤلاء المحجورين البيع والشراء وهو يعقله اي يعقل بان البيع سالب للملك والشراء
جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فوليه
مخير بين ان يجيزه اي العقد او يفسخه لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل ان يكون
في عقده مصلحة وان لا يكون فيجيزه او يفسخه واورد بان الاصل في الشراء النفاذ على
المباشر عند توقفه على ما مر في شراء الفضولي فكيف ينعقد هنا موقوفا على الاجازة
اجيب بان عدم التوقف انما يكون اذا وجد نفاذا على المباشر كما في شراء الفضولي
وهنا لم يجب ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لضرر المولى فتوقف في الكل
ثم انه اريد بالعقد هنا ما دار بين النفع والضرر بخلاف الاتهاب حيث يصح بلا اذن الولي
وبخلاف الطلاق والعتاق حيث لا يصحان وان اذن الولي ومن اتلف منهم اي من المحجورين
شيئا فعليه ضمانه لما ذكرنا انهم غير محجورين عليهم في الافعال اذ لا يمكن ان يجعل القتل غير قتل
او الاتلاف غير الاتلاف فاعتبر الاتلاف فترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود اهلية الوجوب
وهي الذمة لان الادمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله الاداء لا يخاطب بالاداء
الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا ايسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا انتبه
من النوم ولا يصح طلاق الصبي والمجنون اصلا يقول الفقير الظاهر والمجنون بالواو تدبر
اما المجنون فلعدم عقله واما الصبي فغير العاقل كالمجنون والصبي العاقل فلا يقف على الصحيح
في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق باعتبار طبعه حال الشهوة ولنا
لا يتوقف على اجازته ولا ينفذ بمباشرته ولا اعتاقهما لتمحضه في الضرر على ما بينا انفا
ولا اقرارهما بشيء لان اعتبار الاقوال بالشرع الا انه يحتمل الصدق والكذب وقد قبل الشرع
شهادة البعض دون البعض فامكن رده فرده نظرا اليهما بخلاف الافعال على ما بينا انه فعل حسي
فلا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحد لا يعتبر فعلهما ايضا الا من حيث انه اتلاف فيجب عليه الضمان
وصح طلاق العبد لانه اهل يعرف وجه المصلحة فيه وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت
فينفذ وصح اقراره في نفسه لقيام اهليته لا في حق سيده [illegible]
لانه اقرار على غيره وهو المولى لان رقبته وما في يده ملك المولى واقراره على غيره لا يقبل واذا
زال المانع فيتبع به لوجود سببه على اهليته وهذا اذا اقر لغير المولى بمال واما اذا اقر له
فلا يلزمه شيء بعد عتقه لما تقرر ان المولى لا يستوجب على عبده مالا كذا في الدرر
وان اقر بحد او قود لزمه في الحال لان العبد مبقى على اصل الحرية في حقهما لانهما من خواص الادمية
وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان مملوكا من حيث انه مال فاذا بقي على اصل الحرية
ينفذ اقراره بهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم
لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا
لما بقي على اصل الحرية في حقهما يكون اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة

بيني جنون الصبي الغير المميز لا يجوز تصرفه اصلا وان اذن وليه شرح

يقتضي ان يصح اقراره فيتنفذ

ولا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه السفه خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل
بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وان كان مبذرا يتلف ماله فيما لا غرض له
فيه ولا مصلحة وهذا عند ابي حنيفة لانه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد
وهذا لان في الحجر سلب ولايته وفي سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا
من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب
الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه على ما سيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى
ونوقض بالعبد فانه مخاطب عاقل لكن يحجر عليه واجيب بانه قيل مخاطب وهو مطلق و
المطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبا لسقوط الخطابات المالية
كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية
كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى قوله مخاطب حر
سقط الاعتراض كذا في العناية ولما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات فطلب اولياؤه
من النبي صلى الله عليه وسلم الحجر عليه فقال صلى الله عليه وسلم له اذا ابتعت فقل لا خلابة ولي
الخيار ثلاثة ايام ولم يحجر عليه ومن بلغ غير رشيد الرشيد عندنا هو الرشد في المال فان بلغ
مصلحا لماله لم يحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعي في الدين ايضا لا يسلم اليه ماله
ما لم يبلغ سن خمسا وعشرين فاذا بلغها دفع اليه ماله وان لم يؤنس رشده عنده
لان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين
سنة لانه حال كمال لبه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ
خمسا وعشرين سنة وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده
الا ترى انه يبلغ سنا يتصور ان يكون جدا لان ادنى مدة يبلغ الغلام فيه اثنتا عشرة
سنة فيولد له ولد لستة اشهر ثم هذا الولد يبلغ في اثنتي عشرة سنة فيولد له ولد
لستة اشهر فقد صار بذلك جدا ولان منع المال عنه على سبيل التاديب عقوبة عليه
والاشتغال بالتاديب عند رجاء التأدب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء
التأدب فلا معنى لمنع المال بعده ولو بلغ رشيدا ثم صار سفيها مبذرا لم يمنع منه ماله
لان هذا ليس باثر الصبا فلا يعتبر في منع المال ولقوله تعالى ولا تاكلوها اسرافا
وبدارا ان يكبروا وهذا اشارة الى انه لا يمنع عنه اذا كبر لكن قدره بخمس وعشرين
لان الغالب ايناس الرشد فيها واستدل الفاضل الزيلعي لابي حنيفة بقوله تعالى
وآتوا اليتامى اموالهم حيث قال ولابي حنيفة قوله تعالى وآتوا اليتامى اموالهم والمراد
بعد البلوغ سمي يتيما لقربه منه انتهى وفيه بحث فاسد لانه بعد الاية لا يتم مذهب ابي ح
بحث ظاهر تامل في جوابه قال صاحب الاختيار الغالب ايناس الرشد بخمس وعشرين سنة
وفسر الاشد بذلك في قوله تعالى حتى يبلغ اشده انتهى قال ابو الليث في تفسيره يعني حتى
يبلغ ويتم خلقه وقال القتيبي اشد الرجل غير اشد اليتيم وان كان لفظهما واحدا لانه قوله
فلما بلغ اشده والمراد به الاكتهال وهو اربعون سنة واشد الغلام ان يشتد خلقه وذلك
ثماني عشرة سنة الى خمس وعشرين سنة انتهى وان تصرف فيه اي في ماله قبل ذلك
اي قبل بلوغه الى خمس وعشرين سنة نفذ تصرفه لان المنع عنه للتاديب لا للحجر
وعندهما يحجر على السفيه اذا كان مبذرا مثل ان يدفع ماله الى المغني واللعاب ويشتري
الحمام الطيارة بثمن غال او الغبن في التجارات والمسامحات في التصرفات لان الاسراف
حرام قال الله تعالى في مدح من احترز من الاسراف والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا
وكان بين ذلك قواما وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما
وارزقوهم فيها واكسوهم نص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي يباشر التصرف
في ماله على وجه النظر وقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل هو
فليملل وليه بالعدل نص على اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه وهو لا يكون الا بعد الحجر عليه

وروي

وروي ان عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الضيافات حتى اشترى دارا للضيافات بمائة الف فبلغ ذلك
علي بن ابي طالب كرم الله وجهه وهو عثمان فقال لآتين عثمان ولاسألنه ان يحجر عليه فاهتم بذلك
عبد الله وجاء الى الزبير رضي الله عنه واخبره بذلك فقال اشركني فيها فاشركه ثم جاء علي كرم الله وجهه
الى عثمان رضي الله عنه فسأله ان يحجر عليه فقال كيف احجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك
لان الزبير رضي الله عنه كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته انه لا غبن في تصرفه
وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وروي ان عائشة رضي الله عنها كانت تتصدق
بمالها حتى روي انه كان لها رباع فهمت ببيع رباعها للتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير
فقال لانتهين عائشة عن بيع رباعها او لاحجرن عليها ولان النظر له واجب بحق الاسلام
وليس من النظر ان يمكن من التصرف لا على وجه تقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من
التعاون على البر وهو مأمور به بقوله تعالى تعاونوا على البر الاية فصار كالصبي بل اولى
لان الصبي انما يحجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منهم ولهذا يمنع ماله في الابتداء اجماعا
بطريق النظر له ومنع المال عنه غير مفيد بدون الحجر لان ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظرا له
قلنا ان المذكور في قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم اموالنا لا اموال السفهاء والمراد
ان نطعمهم ونكسوهم من اموالنا ولا نسلمها اليهم والمراد بالسفهاء الذراري من النساء
والولدان لان النساء والصبيان اذا سلم اليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس رض
وظاهر الاية يشهد لذلك حيث اضيف المال الينا لا الى السفهاء ولئن كان
المراد اموالهم فيجوز ان يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين فلا ينتهض حجة معنا
وقوله تعالى ولا تاكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا يدل على ان المراد بالاية الصغار
لان معنى الاية والله اعلم لا تاكلوا اموالهم مبادرين مخافة ان يكبروا فلا يكون للاولياء
ولاية عليهم بعد الكبر وهو البلوغ وينزعون اموالهم من ايدي الاولياء بالكلية وهذا يشهد
لمذهب ابي حنيفة لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق
سفيها الاية يحتمل ان يكون المراد الصبيان والمجانين لان السفه هو الخفة لغة وذلك
بنقصان العقل كالصبي او بعدمه كالمجنون والصغير الذي ليس بمميز او نقول
الاية تقتضي ان ينفذ تصرف السفيه فان الذي عليه الدين هو الذي لزمه الدين بمباشرته نفسه
لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الخ ثم قال وليملل الذي عليه الحق يعني لزمه بمداينته
ثم قال فان كان الذي عليه الحق سفيها اي الحق الذي لزمه بمداينته والله اعلم فليملل وليه هذا
دليل ظاهر على ان الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب او لقلة
ممارسته بالاملال لانه يحتاج فيه الى الفصاحة وتاليف كلام فيحتاج الى ان يملي غيره باخباره
واقراره على نفسه واكثر الناس على هذا اليوم فان اكثر من عليه الدين لا يؤلف كلاما يمليه
وانما يعلم ما عليه ثم يؤلفه غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر دليل لنا لان عثمان
امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي وكلام علي رضي الله عنه كان على سبيل التخويف له يقول الفقير
وفيه بحث ظاهر تتبع وحديث عائشة رضي الله عنها ايضا دليل لنا لانها لما بلغها قول ابن
الزبير حلفت ان لا تكلم ابن الزبير ابدا فلو كان الحجر حكما شرعيا لما جاز هذا الحلف من نفس
مجازاة على قول ابن الزبير فيما هو حكم شرعي وهذا ينبئ ان ابن الزبير قال ذلك كراهة
ان تفني مالها وتبتلى بالفقر فتصير عيالا على غيرها والتحقيق ههنا اولى ان يكون ابعد
من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لا سيما
مثل عائشة رض وهي اكرم اهل البيت المطهرين من الرجس وكيف يظن بهم التبذير
والمبذرون اخوان الشياطين بالنص وما قال بذلك الا مكابر نفسه وجاحد للنصوص
وانما كان ذلك على سبيل الشفقة والنصح خوفا عليهم ما ذكرنا وكان ذهن من على دينهم
الا ترى الى ما روينا من ان حبان كان يخدع في البيع فطلب اولياؤه من النبي صلى الله عليه وسلم
الحجر عليه فقال اذا ابتعت فقل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لحجر عليه

يابن الله اف

وروى انس ان اهله اتوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله احجر عليه فانه
يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه ونهاه عن البيع فقال لا اصبر عن البيع فقال ان كنت
غير تارك للبيع فقل ها وها ولا خلابة رواه ابو داود واحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه
الترمذي فهذا صريح بان الحجر غير مشروع وان نهيه صلى الله عليه وسلم كان على سبيل الشفقة
عليه ولذا كان نهي تخيير لما وجد ان يقول انه لا اصبر عن البيع وذكر في المنتقى ثم لو حجر عليه
قاض فرفع ذلك الى قاض اخر فرفع حجره واطلق عنه جاز اطلاقه لان الحجر من الاول فتوى
وليس بقضاء لان القضاء لدفع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لاحدهما على الاخر
ولم يوجد وقال صاحب الهداية ولئن كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه والاختلاف
اذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه وانما يصير مجمعا عليه ان لو كان الاختلاف
موجودا قبل القضاء فيتأكد احد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك واما اذا
كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بد من قضاء اخر ليصير مجمعا
عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف وكل ذلك من الزيلعي يقول الفقير وتوضيح ما نقلهم
صاحب الهداية انه لو حجر قاض ثم رفع الامر الى قاض اخر فابطل حجره جاز وما امضى
قضاءه ثم رفع الى قاض ثالث لا يقدر ان يبطل الحجر لان وجه الاختلاف قبل قضاء القاضي
الثاني فصار مجمعا عليه تدبر ولا يدفع اليه اي الى من بلغ غير رشيد ماله ما لم يونس رشده
وان بلغ خمسا وعشرين فصاعدا عندهما لقوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
ولقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وامرنا بالدفع
ان وجد منهم الرشد فلا يجوز الدفع اليهم قبل وجوده ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى
المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها قلنا المراد في قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم اموالنا لا اموالهم على ما بيناه من قبل وفي الاية الاولى علق بالشرط والتعليق بالشرط وهو لا يوجب
العدم عند عدم الشرط على ما عرف في موضعه من الاصول ولا يصح تصرفه فيه اصلا لانه لو صح
لم يكن منع المال عنه مفيدا ثم فرع على قولهما بقوله فان باع لا ينفذ بيعه لان فائدة الحجر عدم
النفاذ وان كان فيه اي في بيعه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان رابحا وكان الثمن باقيا في يده
اجازه الحاكم وان كان الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه
لان فيه ضررا به لخروج المبيع من يده مع كون الثمن اقل من القيمة او عدم كون الثمن في
يده والحاصل ان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم
فيه مصلحة اجازه والا رده كتصرف الصبي والمعتوه بل اولى لانه مكلف عاقل فينفذ تصرفه
فيما يحتمل كالاعتاق والتطليق ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله
لان السفه ليس بشيء محسوس وانما يستدل عليه بالغبن في تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز
ان يكون للسفه ويجوز ان يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهزين فاذا تردد لا يثبت
حكمه الا بقضاء القاضي بخلاف المجنون والصغير والمعتوه ولان الحجر على السفيه متردد
بين الضرر والنفع لان اهدار اهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء
ليترجح احد الجانبين على الاخر وعند محمد لا يجوز لان علة الحجر السفه وقد تحقق في الحال
فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون والجامع ان الحجر لمعنى في نفسه والقضاء
يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحدهما بخلاف الحجر بسبب الدين لانه لحق الغير حتى لا يتوى
مال الغريم وهو لا ولاية لهم عليه حتى يطلبوا وللقاضي عليه ولاية فيتوقف على قضائه
لتوقفه على طلبهم الا ترى انهم لو لم يطلبوا ذلك او ابرؤوه او وفاهم حقهم لا يحجر عليه
وان اعتق عبدا ينفذ عندنا وقال الشافعي لا ينفذ لان الاصل عنده ان الحجر بالسفه
بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق
لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه ولنا ان الاصل ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه
الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء
لاتباع الهوى لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه كما يصح من الهازل

باعتبار ان يجعل السفه مقتضيا من حيث ان الحجر نظر له ومقتضيا عليه وهو ...

ويسعى العبد

ويسعى العبد في قيمته عند محمد وهو قول ابي يوسف الاول لان الحجر لمعنى النظر وذلك
في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبوله الفسخ فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض
لاجل النظر للغرماء او للورثة في ثلثي قيمته فكذا هنا في جميع قيمته وفي قول ابي يوسف الاخير
وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعى لسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لمعتقه
بحال وانما يلزمه السعاية لاجل غيره وان دبر عبده صح تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق
للعبد فيعتبر بحقيقة العتق الا انه في التدبير لا يجب عليه السعاية ما دام المولى حيا لانه
بعد صحة التدبير مملوك للمولى حتى يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه
باق على ملكه والمولى لا يستوجب على عبده دينا فيتعذر ايجاب النقصان عليه الا ترى
انه لو دبر عبده على مال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فان مات المولى
قبل رشده سعى العبد في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر والعتق بعد التدبير
يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى ان المصلح لو دبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين
يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا للغرماء قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا
لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يجب السعاية قنا كما لو اعتقه
اجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا
قبله ضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع
وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها كذا في العناية
وفيه سؤال اخر مع جوابه ان شئت فراجعه فيصح تزوجها ان تزوج السفيه لانه
لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه بمهر المثل وان سمى اكثر من مهر المثل
بطلت الزيادة لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر
فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية لكن ليس هو
من اهل التزام المال فيبطل الزيادة كذا في جميع الكتب يقول الفقير لا نسلم كون قدر مهر
المثل من ضرورات صحة النكاح لان ما هو من ضرورات صحته مقدار النصاب من المهر لا غير تدبر
وان جاءت جارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والام ام ولد له لانه
في الحاقه بالمصلح في حق الاستيلاد توفيرا للنظر لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وابقائه
من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق
الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان كان
مديونا وان لم يكن معها ولد يعني ان لم يعلم لها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة
ام الولد لان الدعوة كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع
قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد الولد فصار كما اذا قال انها حرة فيمتنع بيعها
وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في ابطال حق الغير
فكذا في نوع حكم الحجر عن تصرفه ونظم المدعي انا ادعي والتجارة عن هذا التفصيل
يعني على تفصيل انه يكون معها ولد او لم يكن الى اخره كذا في العناية وتخرج على صيغة المبني للمفعول
من الانفعال زكاة مال السفيه لانها واجبة عليه وينفق منه اي من ماله عليه وعلى
من تلزمه نفقته من اولاده وزوجته وسائر من يجب نفقته عليه من ذوي ارحامه لان احياء نفسه
وولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي رحمه واجب عليه حقا للقرابة والسفه
لا يبطل حقوق الناس والاصل ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام
او كان من حقوق الناس كنفقة من يجب نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه
لا يستحق السفيه النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع وابطال شيء من حقوق الناس
ويدفع القاضي قدر الزكاة من ماله اليه اي الى السفيه ليؤدي الزكاة بنفسه لان الواجب
عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله على انها عبادة ولا تحصل تلك الا بنيته ويبعث
القاضي معه اي مع السفيه امينا الى ان يؤديها اي الزكاة كيلا يصرفها الى غير المصرف بوجه

وسلم القاضي النفقة الى امينه ليصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج الى نية والى اداء سفه
فلا يكتفى منها بفعل الامين ولا حاجة الى ان يدفعها الى السفيه ولو حلف وحنث او ظاهر
من امرأة لا يلزمه المال ويكفر يمينه وعن ظهارها بالصوم لكل حنث ثلاثة ايام متتابعات
وكل ظهار صوم شهرين متتابعين وان كان ما لكا للمال الحال التكفير
فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فانى يصح مع القدرة عليها فنقول
اجيب بان الاستطاعة منتفية لان لا للحجر يوجب السعاية على من يعتقه السفيه كما
مع السعاية لا يقع الكفارة والفرق بين الزكاة والنفقة وبين الحنث والظهار انهما تجبان
بلا فعله ولو فتح له هذا الباب لبذر امواله بهذا الطريق والزكاة والنفقة تجبان ابتداء
بغير فعله فافترقا فان اراد يعني الفقير الظاهر وان اراد بالواو تعني حجة الاسلام لا يمنع منها
اي من حجة الاسلام لانها واجبة بايجاب الله تعالى ابتداء وليس له صنع فيها وهو في الفرائض ملحق
بالمصلح اذ لا تهمة فيها ولا يمنع من عمرة واحدة استحسانا والقياس ان يمنع لانها تطوع فصار
كالحج التطوع وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فيتمكن منها احتياطا بخلاف ما زاد
على حجة واحدة وعمرة واحدة فانه يمنع منهما ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من انشاء السفر لكل
منهما على الانفراد فلان لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة فيه اقل اولى واحرى
ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز الا
البدنة وان جنى في احرامه ينظر ان كانت جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد ونحوه
لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كانت جناية يجزئ فيها الصوم كالحلق عن
ضرورة وترك الواجبات فانه يلزمه الدم فيها ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر
الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا والعبد المأذون له في الاحرام وكذا
لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم تتأخر الى ان يصير مصلحا
وتدفع نفقته اي نفقة السفيه في الحج والعمرة الى ثقة ينفق عليه في الطريق بالمعروف
لا تدفع اليه حذرا عن التبذير والاسراف ويصح منه اي من السفيه الوصية في القرب
وابواب الخيرات من الثلث ان كان له وارث وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
وصاياه كما لا يجوز تبرعاته حال حياته وجه الاستحسان ان الحجر عليه لمعنى النظر له
كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك في حياته لا فيما ينفذ من الثلث بعد موته
حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد موته بالجميل
ويحجر على المفتي الماجن قال صاحب العزية الماجن هو الذي لا يبالي ما صنع وما قيل له
ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب انتهى فالمفتي الماجن
هو الذي لا يبالي ما افتى قال الفاضل الزيلعي هو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة
بان يعلم الارتداد للمرأة لتبين من زوجها او يعلم الرجل ان يرتد ليسقط عنه الزكاة
ثم يسلم ولا يبالي ما يفعل من تحليل الحرام او تحريم الحلال والطبيب الجاهل
وهو من لا يعرف الدواء النافع من الضار ويسقي المريض دواء مهلكا واذا قوي
عليه الدواء لا يقدر على ازالة ضرره والحاصل انه من يزعم معرفة الطب ولا يعرفه
والمكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر
يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه
ويصرفه في حاجته فاذا جاء اوان الخروج يختفي فيذهب اموال الناس ويفوت
حاجاتهم من الغزو والحج كما هو عادة اهل الشام في زماننا اتفاقا
قيد للثلاثة جميعا وانما يحجرون لان دفع الضرر العام واجب ودفع الاعلى بالادنى لازم
ولا يحجر على فاسق مصلح هو لفظ اسم المفعول من التفعيل وهو الذي لا يفسد له
اذا كان كل واحد منهما مصلحا لماله وفي بعض النسخ اذا
كانا مصلحين لمالهما وهنا هو الظاهر

وقال الشافعي يحجر على الفاسق مطلقا زجرا له وعقوبة عليه كالسفيه عنده فانه يحجر
عليه زجرا له وعقوبة على اسرافه والفاسق اولى بذلك ولهذا لم يجعله اهلا للولاية والشهادة
وعندنا يحجر السفيه للنظر له صيانة لماله والفاسق اذا كان مصلحا لماله يدخل تحت قوله تعالى
فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال
دون الاصلاح في الدين ولاعتقاد الاتهام ان الكافر لا يحجر عليه واي فسق يكون اعظم منه
ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون بعده على الكفار
انه اعظم وجوه الفسق ولا يخفى على احد ضعف هذا القول وعدم الحجر على المغفل مذهب ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له الا ترى
ان اهل منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم ان يحجر عليه فاقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم
ولو لم يكن الحجر مشروعا لانكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لانه صلى الله عليه وسلم
لم يجبهم الى ذلك وانما قال له قل لا خلابة كما بينا ولو كان الحجر مشروعا لاجابهم اليه ولم ينكر
قلنا النفي لا يحاط بالعلم ولعله انكر عليهم الا انه لم ينقل الينا وعدم النقل لا يدل
على عدم الوقوع فكم من واقعات لم تنقل الينا بل الظاهر انه انكر عليهم ولا يحجر
على مديون وان طلب غرماؤه الحجر عند ابي حنيفة لان في الحجر اهدار اهليته والحاقه بالبهائم
وذلك ضرر عظيم فلا يجوز لدفع ضرر خاص ولا يبيع القاضي ماله اي مال المديون منه
اي في الدين لانه نوع حجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضي والبيع بغير رضاه يكون باطلا
بل يحبسه ابدا حتى يبيعه اي المال هو اي المديون بنفسه لان قضاء الدين واجب عليه
والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا للظلم وايصالا للحق الى مستحقه ولا يكون
ذلك اكراها على البيع لان المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين باي طريق شاء
ببيع ماله او بسبب اخر فلا يكون ذلك اكراها على البيع فان كان يعني الفقير
الظاهر وان كان بالواو تعني ماله اي مال المديون من جنس دينه اداه اي الدين
الحاكم منه يعني ان كان ماله دراهم ودينه ايضا دراهم او كان كلاهما دنانير اداه الحاكم
منه بلا امره لان للدائن ان يأخذ دينه بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المديون
فكان فعل القاضي اعانة عليه وفي ذلك بالاجماع ويبيع احد النقدين بالاخر
استحسانا يعني لو كان دينه دراهم وماله دنانير او بالعكس يبيع الحاكم دنانيره بالدراهم
ويقضي دينه من الدراهم في الاول ويبيع دراهمه بالدنانير ويقضي دينه من الدنانير في الثاني
وهذا بالاجماع ايضا اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فاستحسانا والقياس ان لا يجوز
لما ذكرنا ان هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان
انهما متحدان جنسا في الثمنية والمالية ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكاة مختلفان
في الصورة حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لا يجري بينهما ربا الفضل
لاختلافهما فبالنظر الى اتحادهما يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف
يسلب عن الدائن ولاية الاخذ كما اذا ظفر بجنس حقه عملا بالشبهين بخلاف العروض
لان الاغراض تتعلق بصورها واعيانها واما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية
دون العين فافترقا يعني الفقير لا وجه لتوسيط هاتين المسألتين بين مسألة الحجر وبين قوله
لان هاتين مسألتين مجمع عليهما كما بينا فالمناسب ان يذكرهما بعد بيان قولهما كما في الهداية وسائر
الكتب نعم وعندهما يحجر عليه اي على المديون ان طلب غرماؤه الحجر ويمنع من التصرف والاقرار
اي يمنع من اقرار الدين بغيرهم حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا
الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله بان يواضع احدا على ان يقر له بماله عند الناس ولا يطالبه
ذلك الرجل فيفوت حق الغرماء او بان يبيع ماله من رجل بغبن عظيم لا يمكن الانتزاع منه
فيفوت حق الغرماء ايضا قال صاحب الهداية ومعنى قولهما ويمنع من البيع ان يكون
البيع باقل من ثمن المثل واما البيع من ثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه

ويبيع الحاكم ماله ليؤدي الدين من ثمنه ان امتنع من البيع ويقسمه اي يقسم ثمنه بين غرمائه
بالحصص لما روي ان معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين
غرمائه بالحصص ولان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب
القاضي منابه كما في الجب والعنة والاباء عن الاسلام قلنا التلجئة موهومة لانه احتمال
مرجوح فلا يهدم به اهلية الانسان والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق
متعين لذلك لانه يمكنه الاستيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس
فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الجب والعنة والاباء لان الواجب
الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان فاذا امتنع عن الامساك بالمعروف تعين التسريح
والبيع غير متعين لقضاء الدين على ما ذكرنا فلا ينوب القاضي منابه كالمديون اذا كان
معسرا فان القاضي لا يوجره ليقضي من اجرة الدين وبيع النبي صلى الله عليه وسلم
مال معاذ كان باذنه لكنه استعان بالنبي صلى الله عليه وسلم والدليل على ان بيع ماله لا يجوز
حتى يامره القاضي ويابى ولا يظن بمعاذ انه خالف امر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه
ولان من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا يوجد فيكون فعل الحاكم باطلا
قال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولا يطيب نفس الانسان
بغير رضاه وان اقر في حال الحجر بمال لزمه بعد قضاء ديونه لان في الحال لا تعلق بهذا المال
حق الا تعيين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مالا
لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لانه فعل حسي والحجر لا يصلح في الافعال الحسية
وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لانه اعتبار شرعي
فامكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة حتى
لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه او بشهادة الشهود شارك
الغرماء ولو استفاد مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل
قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده
وينفق على [illegible] من مال المفلس على [illegible] المفلس المديون المحجور
وعلى من تلزمه نفقته من زوجته واولاده وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة
على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت
في مقدار مثلها اسوة للغرماء والفتوى على قولهما في بيع ماله لامتناعه عن البيع كذا
في المختار ويباع النقود جملة مستانفة استينافا بيانيا كانه قيل كذا وقال
اذا كان الفتوى على قولهما في بيع ماله فاي ماله يباع اولا فاجاب بقوله ويباع النقود
اولا ليقضي دينه ثم يباع العروض ثم العقار قال صاحب النهاية ذكر هذه
المسئلة في الفصل التاسع من ادب القاضي من الذخيرة فقيل فعلى قول ابي يوسف ومحمد
القاضي يبيع مال المديون بدينه ولكن يبدا بما هو ايسر اذا كان الدين دراهم
فان فضل الدين عن ذلك يبيع العروض اولا دون العقار لان العروض معدة للتقلب
والتصرف والاسترباح فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه فان لم يف بدينه يبيع العقار
واما بدون ذلك فلا يبيعه لان العقار اعد للاقتناء فيلحقه ضرر بين في بيعه
وهذا الذي ذكر احدى الروايتين فيها وقال بعضهم على قولهما يبدا القاضي
ببيع ما يخشى عليه التوى والتلف من عروضه ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف
ثم يبيع العقار والحاصل ان القاضي نصب ناظرا فينبغي ان ينظر للمديون
كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انظر له فيبيع ما يخشى عليه التلف انظر
من بيع ما لا يخشى عليه فيبدا ببيعه انتهى ما في النهاية

الذهب والفضة [illegible]

ويترك له

الدشت فارسي او اتفاق بين اللغتين [illegible]

ويترك له دست من ثياب بدنه اذ في الواحد كفاية فيباع الباقي والدست يعني [illegible]
جمع دسوت قال صاحب القاموس الدست الدشت ومن الثياب وقال صاحب الاختري
الدست بالفتح [illegible] ولباس جمعه دسوت وقيل يترك له دستان لبس احدهما اذا غسل الاخر
فيباع الباقي قال صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة اذا كان للمديون ثياب يلبسها ويمكنه ان
يجتزئ بدون ذلك فان القاضي يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا
يلبسه لان لبس ذلك للتجمل وقضاء الدين فرض عليه وعلى هذا القياس اذا كان له مسكن
يمكنه ان يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويصرف بعض الثمن الى الغرماء ويشتري
بالباقي مسكنا ليبيت وعن هذا قال مشايخنا انه يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى
انه يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء وذكر في كتاب المداينات
من شرح الطحاوي واذا باع القاضي عندهما مال المديون لقضاء دينه او امر امينه
بالبيع فالعهدة على المطلوب لا على القاضي وامينه والعهدة هي ان المبيع لو استحق
فانه يرجع بالثمن على المطلوب لا على القاضي وامينه انتهى ومن افلس وعنده
متاع لرجل شراه منه فرب المتاع اسوة للغرماء فيه اي في المتاع يعني لو اشترى متاعا
فافلس والمتاع قائم في يده فالذي باع المتاع اسوة للغرماء فيه والمراد بعد قبض
المشتري المتاع باذن البايع وان كان قبل القبض فللبايع ان يحبس المتاع حتى
يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن
وقال الشافعي للبايع الفسخ واخذ متاعه قبل القبض وبعده لما روي
انه صلى الله عليه وسلم قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به رواه احمد
وعن ابي هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس
او انسان قد افلس فهو احق به من غيره رواه مسلم والبخاري ولان المشتري
عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبايع حق الفسخ كما لو عجز
عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما انه عقد معاوضة فيقتضي المساواة
وكالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا
به لا معقودا عليه لا تاثير له في منع الفسخ الا ترى ان المكاتب لو عجز عن بدل الكتابة
يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن
ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فاستحق النظرة
الى الميسرة بالاية وليس له ان يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن
وهذا لان الدين صار مؤجلا الى الميسرة بتاجيل الشارع وبالعجز
عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل
فكيف يثبت له ذلك في تاجيل الشارع وهو اقوى من تاجيلهما
ولان العقد يوجب ملك الثمن للبايع في ذمة المشتري وهو الدين وهو وصف
في الذمة فلا يتصور فيه العجز ولا يتغير على موجب عقده ابدا لان بقاء ذلك
ببقاء محله وهو الذمة ولا حجة له فيما روي لان المذكور في الحديث الاول من وجد
متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به وفي الثاني من ادرك ماله بعينه عند رجل
قد افلس فهو احق به من غيره والمبيع ليس مال البايع ولا متاعا له وانما هو
مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه ودخل في ضمان المشتري بالبيع والقبض
وانما ماله بعينه يتم في المغصوب والعواري والودائع والاجارة والرهن
فذلك ماله بعينه فهو احق به من سائر الغرماء والحديث ورد فيه وبه نقول
وانما يكون الحديث حجة له ان لو قال فاصاب رجل عين ماله قد كان له
فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو احق به من سائر الغرماء

وهو نظير ما روي عن سمرة رضي الله عنه مفسرا انه صلى الله عليه وسلم قال
من سرق له مال او ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه
ويرجع المشتري على البايع بالثمن. رواه الطحاوي باسناده هـ
فهذا الحديث يفيد ان جميع ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر
مالك العين فكان هو اولى من ساير الغرماء. فان قيل روي هذا الحديث
بالفاظ اخر فان ابا بكر بن عبد الرحمن رضي الله عنه قال
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي
عنده بعينها ولم يقبض البايع من ثمنها شيئا فهو اسوة للغرماء وان مات
المشتري فصاحب المتاع اسوة للغرماء. وعن ابي بكر بن عبد الرحمن ايضا
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ابتاع متاعا فافلس
الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو احق به
وان مات المشتري فصاحب المتاع اسوة للغرماء. فتبين بهذين الحديثين
ان المراد بالحديث الاول البايع دون غيره. قلنا قال الطحاوي
هذا الحديث منقطع فلا يقوم بمثله حجة وذكر انه مضطرب ايضا.
فلا يجوز الاحتجاج به. ولا يجوز ان يكون مبينا للمراد بالحديث الاول
لانه يخالفه في المعنى. وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة. قلنا
يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما هـ
ولئن سلمنا انه يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتاجيل الى
الميسرة فلا يبقى له حق الفسخ. وقوله كالسلم الى اخره. قلنا
السلم فيه مبيع في السلم والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم
المستحق بالعقد فيفوت به ما اوجبه العقد. والدليل على انه مبيع فيه
عدم جواز الاستبدال. فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع
المعين. بخلاف الدين فان العجز عن تسليمه عجز عن تسليم ما يوجبه العقد
لان ما اوجبه العقد وصف في الذمة والمقبوض غيره. الا ترى
ان عدم القدرة على بقاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتداء فكذا بقاء
لما ذكرنا فان قيل ان اشترى بالفلوس النافقة شيئا كانت الفلوس
في ذمته وهي عين. ثم اذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب
ان يكون هنا كذلك. قلنا ان الفلوس اذا كسدت تغير
موجب العقد فان العقد اوجب ملك فلوس في الذمة ثمنا.
وبعد الكساد لا تبقى بهذه الصفة فبطل. او نقول
لما كسدت صارت عروضا والعروض لا تجب في الذمة الا سلما فبطل
بخلاف الدين بعد الافلاس. والمكاتب اذا عجز تغير على المولى موجب العقد
لان موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الاجل بالقبض وقبل القبض
لا يملك شيئا لان المكاتب عبد والمولى لا يستوجب دينا في ذمة عبده
ولهذا لو كفل انسان ببدل الكتابة لا تصح. وينفسخ العبد بعجزه
فاذا عجز فات موجب العقد فيثبت للمولى خيار الفسخ بخلاف الدين في ذمة
المفلس فان العقد فيه اوجب ملك الثمن للبايع وبالافلاس
لا ينعدم ذلك. فصار كما لو كان مليا. هـ هـ هـ

فصل في حد البلوغ

لما كان

لما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب بيان انتهائه. وهذا الفصل
لبيان ذلك. والبلوغ في اللغة عبارة عن الوصول. وفي الشرع انتهاء حد الصغر
يحكم ببلوغ الغلام بالاحتلام والحلم بالضم ما يراه النائم قال
صاحب المغرب حلم الغلام احتلم حلما من باب طلب والحالم المحتلم في الاصل
ثم غلب فقيل لمن بلغ مبلغ الرجال حالم وهو المراد في الحديث خذ من كل
حالم وحالمة انتهى. والانزال والاحبال ان يحبل امرأة حبلى
ويحكم ببلوغ الجارية بالحيض او الاحتلام او الحبل. يقول الفقير
هكذا وقع في النسخ التي رأيناها باو وفي الغلام بالواو والظاهر
ان يكون بالواو فيهما كما في ساير الكتب فلا وجه لايتان
باو في الجارية. تدبر. قال صاحب الدرر والاصل ان البلوغ
يكون بالانزال حقيقة ولكن غيره مما ذكر لا يكون الا مع الانزال
فجعل كل واحد علامة على البلوغ يقول الفقير في عدم كون الحيض
الا مع الانزال بحث. تدبر. قال صاحب التسهيل اقول
فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد بالاحتلام هو الاحتلام مع الانزال
فحينئذ يغني ذكر الانزال عن ذكر الاحتلام انتهى. فان لم يوجد
شيء من ذلك فيهما فاذا تم له اي للغلام ثماني عشرة سنة.
يحكم ببلوغه. واذا تم لها سبع عشرة سنة يحكم ببلوغها
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم
الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده. واشد الصبي ثماني عشرة سنة
هكذا قال ابن عباس والقتيبي رضي الله عنهما. وقيل اثنان وعشرون
سنة. وفي قول خمس وعشرون سنة. واقل ما قيل فيه ثماني
عشرة سنة. فوجب تعليق الحكم به للاحتياط. غير ان الاناث
ادراكهن اسرع فزدنا سنة في حق الغلام لاشتمالها على الفصول الاربع
التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه كذا في الزيلعي
وعندهما اذا تم خمس عشرة فيهما اي في الغلام والجارية يبلغان
وهو رواية عن الامام. وبه يفتى للعادة الغالبة. اذ العلامات
تظهر في هذه المدة غالبا. فجعلوا المدة علامة في حق من لم تظهر له العلامة.
وعنا قول الشافعي وعن الامام في الغلام تسع عشرة سنة قيل المراد به ان يطعن
في التاسع عشرة. فالاختلاف بين الروايتين حينئذ يكون في اللفظ لا في الحقيقة
لانه لا يتم له ثماني عشرة سنة الا ويطعن في التاسع عشرة وقيل الاختلاف
بين الروايتين في اللفظ والحقيقة معا. لانه ذكر في بعض النسخ حتى
يستكمل تسع عشرة سنة كذا في الهداية. لهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع
عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة
فاجازني. فالظاهر انه صلى الله عليه وسلم لم يرده الا لانه لم يبلغ وما اجازه الا
لانه بلغ ولان بلوغها لا يتاخر عنها عادة. وهي احدى حجج الشرعية فيما لا نص
فيه وادنى مدته اي مدة الغلام اثنتا عشرة سنة وادناها للجارية تسع سنين
اذ فيتحصل في اثني عشرة وهي في تسع علامة للبلوغ واذا راهقا اي قربا الى البلوغ
بان يبلغا الى ادنى المدة وقالا قد بلغنا صدقا وكانا كالبالغ حكما
لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره

كتاب المأذون

أي هذا كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي الحجر والاذن في اللغة
عبارة عن الاعلام قال الله تعالى فأذنوا بحرب من الله ورسوله وفي الشريعة
الاذن فك الرقبة الحجر الثابت شرعا واسقاط الحق ارجع المولى فان الاصل في الانسان
كونه مالكا للتصرفات فتعلق حق المولى بعروض الرق صار مانعا للمالكية فاذا اسقط
المولى حقه يعود الممنوع ثم تصرف العبد لنفسه باهليته فانه ليس بتوكيل والوكيل هو الذي
يتصرف لغيره قال المولى الشهير بمصنفك في كتاب الحدود والاحكام وتحقيق ذلك انه
قد سبق في كتاب الحجر ان اسباب الحجر ثلاثة الرق والصغر والجنون ولا يخفى ان الرقيق في نفسه
اهل التصرف اذ الاهلية انما هي بالعقل والتمييز فذلك موجود فيه الا ان كونه محجورا
ممنوعا انما هو لحق المولى فهنا المانع بما لم يمكن رفعه من جانب المولى باسقاط حقه
واسقاط عين فك حجره اذ لا يعنى بفك الحجر الا اسقاط الحاجز وبهذا يظهر ان الاذن
مخصوص بالعبد اذ الصغر والجنون انما هما من عند الله عز وجل وعلا لا يمكن المخلوق رفعه
والمذكور في الفتاوى ان الاذن لا يختص بالعبد فقد صح في الذخيرة وتتمة الفتاوى
بان القاضي اذا اذن الصغير صح اذنه ويصير الصغير ماذونا وفائدة الاذن اهتداء
الصبي الى اكتساب الاموال انتهى يقول الفقير ولهذا قال صاحب الدرر الاذن نوعان
احدهما اذن العبد وهو فك الحجر بالرق الثابت شرعا عن العبد لاسقاط الحق فيتصرف
العبد لنفسه باهليته والنوع الثاني اذن الصبي والمعتوه وهو فك الحجر واثبات الولاية
فالاول تفريع على كون تصرف العبد لنفسه باهليته سيلزمه عهدة التصرف
فانه اذا اشترى شيئا مثلا لا يطالب البائع الثمن من المولى لانه مشتر لنفسه لا للمولى
وهذا لان اول تصرف باشره العبد الماذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد
في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع
عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح
وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن
ايضا لكن شرطنا اذن المولى نفيا للضرر عنه بغير رضاه ولا يتوقت الاذن
فلو اذن له اي للعبد يوما او شهرا فهو ماذون دائما الى ان يحجر عليه لانه اسقاط
والاسقاطات لا تتوقت ولا يتخصص بنوع فاذا اذن في نوع من التجارة كان ماذونا
في سائر الانواع وعند زفر والشافعي الاذن عبارة عن توكيل وانابة لانه يتصرف بحكم
باذنه والمانع من التصرف هو الرق وهو باق بعد الاذن فيصح التقييد بالزمان والمكان
وبنوع من التجارة حتى لا يجوز للعبد ان يتجاوز عما قاله المولى كالوكيل فانه يتصرف
للموكل فلا يملك الا ما اطلق له وعندنا يتصرف باهلية نفسه لنفسه وانما يخلف
المولى في الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك كالحر لان المانع حق المولى وقد
اسقط وقد قلنا ان الاسقاط لا يقبل التقييد كما اذا رضي المستاجر ببيع عين مستاجرة
من شخص بعينه دون غيره فانه لا يفيد لا يقال لو كان اسقاطا لما ملك نهيه بعد الاذن
لانا نقول ليس باسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا عن الاسقاط فيما لم يوجد
ويثبت الاذن صريحا كما اذا قال لعبده اذنت لك في التجارة ودلالة
بان يرى عبده يبيع ويشتري فسكت ولم ينهه فسكوته اذن له في التجارة
بخلاف سكوت القاضي فانه ليس باذن حين لو رأى صغيرا او عبدا او معتوها
يبيع ويشتري وسكت فسكوته ليس باذنه في التجارة والفقه في ذلك ان للقاضي
ولاية عامة والاذن منه بمنزلة القضاء والقضاء لا يثبت بالسكوت

سواء كان المبيع للمولى او لغيره بامره او بغير امره بيعا صحيحا او بيعا فاسدا
خلافا لزفر والشافعي لان السكوت يحتمل الرضا ويحتمل فرط الغيظ وقلة الالتفات
الى تصرفه لعلمه بكونه محجورا والمحتمل لا يكون حجة قلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس
يعاملون العبد حين علموا بسكوت المولى لظنهم انه ماذون له ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق
دين عليه واذا لم يكن ماذونا يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق لكنه قد يعتق وقد لا يعتق
ففي ذلك اضرار للمسلمين بابطال حقوقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر محقق
لان الدين قد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض اولا والسكوت في موضع الحاجة
الى البيان بيان قال صاحب التسهيل اذا رأى المولى عبده يبيع عبدا ويشتري فسكت يكون اذنا له
في التجارة دفعا للضرر ولا يكون اذنا له في بيع ذلك الشيء وشرائه كذا في الاشروشنية انتهى
يقول الفقير سره انه لو كان اذنا له في بيع ذلك الشيء وشرائه وقد ثبت كونه ماذونا بهذا البيع
والشراء لزم ان يصير ماذونا قبل ان يصير ماذونا وهذا ظاهر اللزوم والبطلان فليتأمل
فانه دقيق وبالقبول حقيق قال الفاضل الزيلعي هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر
قاضيخان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن
اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن اصحابنا انه رضاء
ويبطل الرهن ولو امره المولى ببيع متاع غيره يصير ماذونا له ولو رأى عبده في حانوته يبيع
فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد في ذلك المتاع
ولو رأى المولى عبده يشتري شيئا بدراهم المولى او دنانيره فلم ينهه يصير ماذونا له فان نقد
الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو ان رجلا دفع الى
عبد رجل متاعا له ليبيعه فباعه بغير اذن المولى فرآه ولم ينهه كان ماذونا له في التجارة
ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع فتكون العهدة فيه يرجع الى الآمر [illegible]
وللماذون خبر مقدم اذنا عاما لا بشراء شيء بعينه او شراء طعام الاكل او شراء
ثياب الكسوة يعني للعبد الذي قال له مولاه قد اذنت لك في التجارة ولم يقيده
بشراء شيء بعينه او بشراء طعام الاكل او ثياب الكسوة ولم يقيده ايضا بنوع من التجارة
ان يبيع ويشتري ولو بغبن فاحش لان اللفظ يتناول جميع انواع التجارة ولو امره بشراء
شيء بعينه كالطعام والكسوة لا يكون ماذونا له لانه استخدام ولو صار ماذونا لانسد
على المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو امره ببيع ثوب بعينه لا يكون ماذونا له [illegible]
ويوكل بهما اي بالتوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة وقد لا يتفرغ بنفسه فيحتاج
الى التوكيل وله ان يسلم اي يجعل نفسه رب السلم وله ان يقبل السلم اي يجعل نفسه مسلما اليه لانهما
من توابع التجارة ايضا وله ان يرهن ويرتهن لانهما ايضا [illegible] من توابع التجارة
ويزارع اي له ان يدفع الارض مزارعة ويأخذها مزارعة لانهما من عمل التجار
[illegible] النبي صلى الله عليه وسلم المزارع يتاجر ربه ولان فيها تحصيل الربح لانه اذا كان
البذر من قبله فهو مستأجر الارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار بالدراهم
لانه اذا لم يحصل الخارج لا يلزمه شيء بخلاف الاستئجار بالدراهم وان كان من قبل صاحب
الارض فهو اجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو اجر نفسه بالدراهم جاز
فكذا هذا وله ان يشتري بذرا يزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح لما روينا من الحديث
وله ان يشارك شركة عنان لانها من صنيع التجار وليس له ان يشارك
شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن
فلو فعل تلك كانت عنانا لان المفاوضة عنان وزيادة فصحت بقدر ما يملكه الماذون
وهو الوكالة وله ان يستأجر اجراء او مساهرة ويؤجر ولو نفسه وقال
الشافعي ليس له ان يؤجر نفسه لان الاذن لم يتناول التصرف في نفسه ولهذا ليس له ان يبيع نفسه
وله ان يضارب اي يأخذ المال مضاربة وله ان يدفع المال مضاربة لان المضاربة من عادة التجار

ولا ان يبضع اي يدفع المال بضاعة يعني له ان يعطي رجلا شيئا من المال ليتجر ويكون الربح
لانها من صنيع التجار ايضا ولا ان يعير لان الاعارة من توابع التجارة وربما يحتاج اليها
ولا ان يقرض يهدي لانه لو لم يصح لامتنع الناس من معاملته والمراد بالدين الدين الذي حصل
بالتجارة لان ذلك مما لم يحصل بها كالزان بمهر لا يصح فلا يؤخذ به قبل العتق
ووديعة لانها من صنيع التجار وغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا
لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ولو باع المأذون او اشترى بغبن فاحش جاز
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان البيع والشرى بالغبن الفاحش خلاف المقصود اذ المقصود
بالبيع الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث
وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولابي حنيفة ان البيع والشرى بالغبن الفاحش تجارة
يملكها الحر فيملكها العبد المأذون له لانه بعد الاذن كالحر يتصرف باهلية نفسه والغبن
اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق واعتباره من الثلث في المريض لحق الورثة او الغرماء
وذلك لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون ثم ابو حنيفة فرق في تصرف الوكيل فرق بين البيع والشرى
في الغبن الفاحش وفي تصرف المأذون سوى بينهما لان الوكيل يرجع على
الامر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل بالشرى متهما في انه كان اشتراه لنفسه فلما ظهر الغبن
اراد ان يلزم الامر وهذا لا يوجد في تصرف المأذون لانه متصرف لنفسه لا يرجع بما
يلحقه من العهدة على احد فكان البيع والشرى في حقه سواء كذا في النهاية
ولو حابى العبد المأذون له بان باع شيئا باقل من قيمته والمحاباة الغبن بالرضا في مرض موته
صح من جميع المال ان لم يكن عليه دين فينفذ وان زادت المحاباة على الثلث
وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين يعني يؤدي دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين
يكون المحاباة من جميعه لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد
لا يقال المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لو اسقط الورثة حقهم
في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان لم يبق بعد اداء الدين مال بطل المحاباة و
ادى المشتري جميع المحاباة او رد المبيع كما في الحر اذا حابى في مرض موته والمسئلة
بحالها ولا ان للعبد المأذون ان يضيف معامله لان ضيافته من ضرورات التجارة اجتلابا
لقلوب اهل حرفته روي انه صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك والا المأذون له
لان المحجور عليه ليس له ان يتخذ ضيافة لعدم الاذن ولا يمكن ان يقدر للضيافة تقدير
لانه يختلف باختلاف الحال وغيره كذا في الزيلعي وفي لصاحب النهاية ثم انه لا بد من حد
فاصل بين الضيافة العظيمة واليسيرة وروي محمد بن سلمة رضي الله عنه انه قال ذلك
على مقدار مال التجارة فان كان مال التجارة مثلا عشرة الاف درهم فاتخذ ضيافة بمقدار
عشرة كان يسيرا وان كان مال التجارة عشرة شيئا فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان
يسيرا وان كان مال التجارة عشرة مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا
ولا ان يحط من الثمن بعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط
انظر من قبول المعيب ابتداء بخلاف الحط بلا عيب او الحط اكثر من العادة لانه
تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة
ابتداء لانه قد يحتاج اليها التاجر ولا ان يأذن لرقيقه في التجارة قال الفاضل الزيلعي
وشرطه ان يكون الاذن ممن يملك التصرف بيعا واجارة ورهنا ونحو ذلك ولا يشترط
ان يكون مالكا للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون الى اخر ما ذكره
لا ان يتزوج يعني ليس للعبد المأذون ان يتزوج امرأة لان التزوج ليس من باب التجارة ولان فيه
ضررا على المولى بوجوب المهر والنفقة في رقبته او يزوج عبده وكذا استقلالا لانه
فان عنده له ان يزوج امته دون عبده لان تزويج الامة تحصيل المنفعة
وهو المهر وسقوط النفقة ولهذا جاز للمكاتب

ولما

ولما ان الاذن يتناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد بخلاف
المكاتب لانه يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه
المأذون لهما والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني ان هؤلاء لا يملكون تزويج
العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال صاحب النهاية في هذه
الرواية نظر لانه ذكر قبل في كتاب المكاتب من الهداية ان لهما يعني للاب والوصي ان يزوجا
امة الصغير بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب حيث يزوجا
الامة لانه اكتساب لاستفادة المهر وقال بعض الشارحين يحتمل ان في المسئلة روايتين
وقال صاحب الكافي وقد ذكر الحاكم في المبسوط وللاب ان يزوج امة ابنه الصغير وكذلك
الوصي ذكره في كتاب المأذون قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وكذا ذكر
هذه المسئلة في المكاتب من غير ذكر الخلاف فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان
ولا ان يكاتب لانها ليست من باب التجارة اذ هي مبادلة مال بمال والبدل فيه الحال
مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة اقوى من الاذن لانها توجب حرية
اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه
الا اذا اجازه المولى ولم يكن للعبد دين لان الامتناع لحقه فاذا اجازه ربما ينفذ او
يعتق ولو بمال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى لانه فوق الكتابة وان اجازه المولى ولم
يكن عليه دين جاز او يقرض لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه او يهب لان الهبة تبرع محض ولو بعوض
لان الهبة بعوض تبرع ابتداء فلا يملكها ايضا او يهدي لانه تبرع ايضا الا اليسير من الطعام
لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين قال صاحب النهاية العبد المأذون له
يملك الاهداء بالمأكولات ولا يملك الاهداء بما سواها من الدراهم والدنانير وهذا
لان قضية القياس ان لا يملك الاهداء بشيء لانه تبرع ولكن تركنا القياس بالعرف
وعادة التجار للاهداء بالمأكولات فيرد ما سواه الى القياس قال مشايخنا انما يملك
بالمأكولات بمقدار ما يتخذ الدعوة من المأكولات فيعود الكلام الى الدعوة وقد ذكرنا
ان اتخاذ الدعوة اليسيرة يجوز واتخاذ الدعوة العظيمة لا يجوز والمحجور
لا يهدي اليسير ايضا لعدم الاذن اصلا وعن ابي يوسف اذا دفع المولى الى المحجور
قوت يومه فدعا بعض رفقائه للاكل معه فلا باس به بخلاف ما لو دفع اليه
قوت شهر لانهم اذا اكلوه يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمرأة ان تتصدق
من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لان
ذلك غير ممنوع عنه في العادة فان قيل اليس روى ابو امامة رضي الله عنه قال عليه السلام
في خطبته ولا تخرج المرأة من بيت زوجها بغير اذنه قيل له وما الطعام فقال صلى
والطعام افضل اموالكم قلنا اراد به الطعام المتخذ كالحنطة ونحوه فيتصدق بها
واما غير المدخر فتتصدق به على الرسم والعادة ويكون ذلك باذن الزوج عرفا
وان لم يكن باذنه صريحا يقول الفقير هذه المسئلة ليست من هذا الباب لكنها ذكرت
للمناسبة بان المرأة مأذونة عادة في مثل هذا وذكر في المغني والاب والوصي
لا يملكان في مال الصغير ما يملك العبد المأذون من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة
كذا في النهاية وما لزم المأذون من الدين بسبب تجارة او ما في معناها اي
في معنى التجارة كبيع وشراء مثلا لان للتجارة صورة وجوب الدين بالبيع والشرى
هو ان يبيع فيستحق المبيع او يهلك الثمن في يده وكاجارة واستيجار وغصب
وجحد امانة وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت هذه امثلة ما في معنى التجارة
وصورته الدين بالاجارة ان يستعجل الاجرة ثم يهلك المستأجر قبل تمام المدة
يرجع بما اعطاه فهذا دين لحقه بسبب الاجارة وصور غيرها ظاهرة لا تحتاج
لا حاجة الى البيان يتعلق برقبته ان رقبة المأذون فيباع المأذون فيه ان لم يفده ان الدين

وقال زفر والشافعي يتعلق بكسبه لا برقبته فلا تباع رقبته لان رقبته ليست من كسب المولى
فلا تباع في دينه كسائر اموال المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين ولان غرضه
بالاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان فلا يكون مشروعا اصلا ولنا ان هذا دين
ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولهذا
بيعه بالدين كما جاز حين كان يباع الحر بالدين على ما روي انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا
يقال له سرق في دينه ثم انه انتسخ في حق الحر فبقي في حق العبد على حاله لعدم المانع وفي تعلقه
بالرقبة دفع الضرر عن الناس وحمل لهم على المعاملة معه فيحصل مقصود المولى لان العبد الذي
ليس له مال لا يعامله احد خوفا من توي ماله فلا يحصل غرضه واذا تعلق برقبته بما يحصل غرضه
وينفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق
بهما جميعا ويبدأ بالكسب لانه اهون على المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفى من الرقبة
دفعا للضرر عن الغرماء ولا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال يقدم عليه او
دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين
وقد نظر للمولى بالتلوم وموجب النظر للغرماء بالبيع ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع عليه من
اصحابنا غير زفر وان كان ابو حنيفة لا يبيع القاضي مال المفلس ولا يرى الحجر على المكلف
والفرق له انه انما امتنع بيع القاضي مال المفلس لان بيعه نوع حجر عليه وهو لا يرى
حجر المكلف فامتنع لذلك واما في العبد المأذون له فان المولى محجور عليه عن بيعه قبل ذلك
لانه لا يملك بيعه بعد ما تعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال حق الغرماء فلا يكون محجورا عليه
ببيع القاضي وبهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد ايضا ويقسم ثمنه اي ثمن العبد
وما في يده من كسبه بالحصص سواء كسبه قبل الدين او بعده او اتهبه حصل له بقبول
يقول الفقير هو عطف على سابقه كلمة لكن مثل هذا يقع في كلام المصنفين غالبا لكون الموهوب
وحاصل المعنى سواء كسبه قبل الدين او بعده بالمبايعة او بقبول الهبة تدبر وما بقي عليه من الدين
يطالب به بعد عتقه وحاصل المعنى انه اذا وجب ديون على المأذون بالتجارة او بما هو في معناه
فان كان له كسب يفي ديونه يقضى منه وان لم يكن له كسب اصلا يباع العبد بديونه وان
كان له كسب لكن لا يفي بديونه يباع العبد فان كان ثمن العبد وكسبه يفي بالديون يقسم ثمنه
وما في يده من كسبه بالحصص بين الغرماء وان لم يف يقسم ايضا ثمنه وما في يده من كسبه بالحصص
وما بقي عليه من الدين يطالب به بعد عتقه ولا يطالب به في الحال لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوا
الكل منه لان رقبته وكسبه لم يفيا به على ما هو المفروض فيبقى الباقي من ديونهم على حاله في ذمته
فيستوفى منه اذا قدر على ايفائه ولا يقتصر عليه الا بعد عتقه لانه لا يمكن بيعه ثانيا ولا استسعاؤه
لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري انه يباع ثانيا او يستسعى يمتنع من شرائه
فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر على غرمائه فلا يشرع ولان الغرماء بالخيار
ان شاءوا استسعوا العبد وان شاءوا باعوه فاذا باعوه لم يبق لهم تعلق بالاستسعاء
لانهم خيروا بين شيئين او اشياء اذا اختاروا احدهما بطل خيارهم في غيره لانه ليس الجمع بين الكل
يقول الفقير وهنا هو الفرق بين التخيير والاباحة على ما علم في موضعه وهذا الذي ذكر
اذا لم يفده المولى فاذا فداه لم يتعرض للعبد ولما في يده من كسبه وما اخذه سيده منه
قبل الدين لا يسترد منه لوجود شرط الخلوص له وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال
اخذ المولى ذلك وله اي للمولى اخذ غلة مثله مع وجود الدين يعني لو كان المولى يأخذ
من العبد كل شهر غلة قبل لحوق الدين كان له ان يأخذ بعد لحوقه غلة مثله والغلة كل ما يحصل من
الارض او كرائها او اجرة غلام او نحو ذلك ومعنى اخذه الغلة هنهنا ان يأخذ الضريبة التي ضربها
المولى عليه في كل شهر بعد ما لزم الدين كما كان يأخذها قبل ذلك والزائد عليها اي على غلة المثل
للغرماء والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ شيئا رده لانه اخذه من كسبه حق الغرماء
ولكن استحسن فقيل بسلامة المقدار المذكور للمولى لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقاء الاذن

بسبب ما يحصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لحجر عليه فلا يحصل الكسب واما الزيادة
على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يبقى ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها
ردها على الغرماء لتعلق حقهم بها وينحجر المأذون ان ابق اي يصير محجورا عليه حكما في
لا يشترط ان يعلم اهل سوقه وقال الشافعي يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن لان
المولى اذا اذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذونا فلان لا ينافي بقاءه اولى
لان البقاء اسهل من الابتداء وصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب الذي يملك
المالك اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا صح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا
كونه آبقا ولنا ان الاباق حجر دلالة لان المولى انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يمكن من تقضيه
الا بكسبه ولم يتحقق ذلك من الآبق ولم يرض ايضا بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته
فكان حجرا دلالة وانما لم يكن مانعا في الابتداء لانا نعلم حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة مع التصريح
بخلافها على انه يمنع ابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده واما
الغصب فان كان المولى يمكن من اخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب او كان للمالك
بينة كما قلت يمكنه ان ينتزعه من يد الغاصب وينتزع كسبه فيجوز اذنه ابتداء فكذا
بقاء وان كان لا يمكن من اخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك بينة يمتنع الاذن ابتداء
فكذا بقاء ولو عاد من الاباق فالصحيح ان الاذن لا يعود او مات سيده او جن مطبقا
او لحق بدار الحرب مرتدا انحجر بهذه الاشياء علم العبد او لم يعلم لان الاذن غير لازم
وما لا يكون لازما يعطى لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له عادة ابتداء في كل ساعة
لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن في كل ساعة
فيشترط قيام الاهلية في كل ساعة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الاهلية بالموت والجنون
وكذا باللحاق مرتدا لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده ويقسم ماله
بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية ولا يشترط فيه علمه ولا علم اهل سوقه
لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الاشياء وبافتراق الشريكين وحد الجنون
المطبق على ما روي عن محمد انه مقدر بشهر وفي رواية اخرى عنه انه مقدر بسنة واما على قول
ابي يوسف فينبغي ان يقدر باكثر السنة انما قيد الجنون بالمطبق لانه لو كان غير مطبق وهو ان يجن ساعة
ساعة ويفيق اخرى وصحيحه انه لا ينحجر لان الاهلية لا تزول به او حجر عليه اي صار محجورا
ان حجر المولى عليه وعلم به اكثر اهل سوقه قيد لما يليه فقط لا لما قبله وقال الشافعي حجره
صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه وهذا بناء على ان الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم
عنده وعندنا لا ينعزل حتى يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر ان يعلم العبد نفس الحجر عنده
وعندنا يشترط هو يقول ان المولى تصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا
ان حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا لانه ان اكتسب شيئا فالمولى يأخذه وان لحقه دين
بقيام البينة انه كان حجر عليه قبله فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وليس يتحقق
لا يدرون ايعتق ام لا ومتى يعتق فيكون غارا لهم فلا يكون محجورا عليه حتى يعلموا دفعا للغرور عنهم
ويكتفى بعلم اكثر اهل سوقه والقياس ان لا يكتفى الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم وجه الاستحسان
ان اعلام الكل متعذر او متعسر وفيه حرج وهو مدفوع فيكتفى بالاكثر لان الاشتهار
وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم
جاز البيع لانه لما صار مأذونا في حق من لم يعلم صار مأذونا في حق من علم ايضا لان الاذن
لا يقبل التخصيص ونقول الحجر لا يتجزى كما لا يتجزى الاذن لانه ضده فكان كل واحد
منهما لا يقبل التخصيص فرجح جانب الكثرة فيكون الحكم له لان للاكثر حكم الكل في كثير
من الاحكام لا سيما في موضع الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار ولهذا اكتفى
بتبليغ الرسالة الى الاكثر حتى لا يعذر بعد ذلك احد بالجهل باحكام الشرع بل يلزمه بعد
الاسلام وان كان جاهلا بها بخلاف ما اذا كان في موضع لم تبلغه الدعوة كدار الحرب

ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته حتى يبلغ العزل لان الحجر يوجب
عليه نقض تصرف بعد الحجر بلزمه قضاء ما لزمه بالتصرف من خالص ماله بعد الحرية وهو لم يرض
واغا يشترط ان يكون الحجر شايعا فيما اذا كان الاذن شايعا واما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد
ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجورا عليه لعدم الاضرار بأحد كذلك في الزيلعي
وتحجر الامة المأذونة ان استولدها سيدها وقال زفر لا تصير محجورا عليها وهو القياس لان المولى
اذا اذن لام ولده ابتداء يجوز فكذا بقاء وجه الاستحسان ان العادة جرت بتحصين امهات الاولاد
وانه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه
بخلاف ما اذا اذن لام ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة فكان اولى بالاخذ به ونظيره ما
اذا قدم مائدة لانسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له التناول ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل
لا تعتبر الدلالة لا ان دبرها يعني المأذونة لا يصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم
تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير
والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الاذن
فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فك الحجر ويضمن السيد القيمة للغريم فيهما اي في ام الولد والمدبرة
يعني يضمن السيد بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لانه اتلف بالتدبير والاستيلاد محلا
تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعها وبالبيع تقضى حقوقهم واقراره اي اقرار المأذون
بعد الحجر بدين او بان ما في يده امانة او غصب صحيح عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو
القياس لان المصحح للاقرار هو الاذن وقد زال بالحجر ويده على اكسابه قد بطلت بالحجر
لان يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما اذا اخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل
اقراره او ثبت حجره بالبيع ونحوه او كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر او بعد حجره
وجه الاستحسان ان المصحح للاقرار قبل الحجر هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر
فيما اخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده من الاكساب
عن حاجته واقراره دليل على تحققها بخلاف ما اذا انتزع المولى من يده قبل الاقرار لان يده
قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وبخلاف اقراره بعد بيعه
الحجر
المولى منه لانه بالعزل به المشتري صار كعين اخرى لما عرف ان تبدل الملك كتبدل العين فصار
اقراره كاقرار عبد آخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما اخرج من يده وبخلاف ما
اذا كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق اصحاب الديون تعلق بما
في يده فلا يبطل اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له كالمريض بدين وعليه دين
في صحته فان اقراره لا يبطل حق غرمائه فيقدمون عليه وبخلاف ما اكتسبه بعد
الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما ان حق الغرماء لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لانها ليست في يده
وان استغرق دينه رقبته وما في يده لا يملك سيده ما في يده فلو اعتق عبدا
مما في يده لا يصح اعتاقه عند ابي حنيفة وعندهما يملك السيد ما في يده فيصح عتقه
ويغرم قيمته للغرماء لان المولى يملك المأذون فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة
سبب الملك كسب الرقبة لان الرقبة اصل وكسبه فرع واستغراقه بالدين لا يوجب
خروج المأذون من ملكه حتى لو اعتقه نفذ عتقه فيه ويتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يوجب
خللا في ملكه ولو اوجب لما حل له وطء المأذونة اذ الوطء لا يحل بدون كمال الملك
بخلاف الوارث اذا اعتق عبدا في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث لا ينفذ
العتق لان انتقال الملك الى الوارث عند استغناء عن نظرائه ولهذا يقدم في الارث
الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب انفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف الى قضاء الدين
دون النقل الى الورثة فلا يملكونه ولابي حنيفة ان ملك المولى انما يثبت في كسب العبد المأذون
خلافة عنه عند فراغه من حاجته كملك الوارث على ما بينا والمحيط به الدين مشغول بحاجته
فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه فلا يعتق باعتاقه لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

عتقه رقبته

بخلاف رقبته لان المولى لا يخلفه في ملك رقبته بل كان مالكا له قبل الاذن فبقي ملكه بعد الدين
على ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في
يده من اكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك
وعندهما يعتق ولو استولد جارية صارت ام ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة
ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه باق حقيقة وعنده صار له حق الملك ولهذا لا يجوز
للمولى ان يتزوجها كذا في الزيلعي وان لم يستغرق دينه رقبته صح اعتاقه عبده اتفاقا اما
عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين فلو جعل مانعا لانسد باب
الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل ملك الوارث والمستغرق يمنع
ويصح بيعه اي بيع العبد المأذون له المديون المستغرق من سيده بمثل القيمة لا باقل
لانه لا تهمة في البيع منه بمثل القيمة فيجوز وباقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرماء
تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه
وبخلاف ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند ابي حنيفة لان المريض
ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم اغراض في العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها
ويصح بيع سيده منه بمثلها اي بمثل القيمة وبالاقل لانه لا تهمة فيه لا بالاكثر
لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء فلو باع المولى منه باكثر من القيمة يحط المولى
الزائد او ينقض البيع اي يخير المولى بازالة المحاباة او فسخ العقد لما ذكرنا
ان الزيادة تعلق بها حق الغرماء فلو باع المولى منه باكثر من القيمة فان سلم سيده اليه
المبيع قبل نقد الثمن سقط الثمن فلا يطالب العبد بشيء لانه بتسليم المبيع سقط
حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا حتى لو اتلف شيئا من ماله لا يضمن
هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما في يد العبد
ويحبسه حتى يستوفي الثمن لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط ان يسلم له الثمن ولم
يسلم فيبقى حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قائما في يده واما بعد
الاستهلاك فقد صار دينا فلا يمكن ما يجابه على عبده وكان للمولى ان لا يسلم
اي المبيع حتى يأخذ منه ثمنه لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك
اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن واما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع
قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز ان يثبت للعبد المأذون له المديون
دين على مولاه الا بدين الا ان استهلاك المولى شيئا من اكساب عبده المديون ضمن للعبد
ويضمن السيد باعتاق العبد المأذون مديونا حال الاقل من قيمته ومن الدين
يعني اذا كان الدين اقل من القيمة يضمن الدين اذ لا حق لهم الا في الدين وان كانت القيمة
اقل ضمن القيمة اذ تعلق حقهم في الرقبة وهو اتلفها واما صحة اعتاقه فلبقاء ملكه فيه
وهذا بالاجماع وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا يعني للغرماء ان يطالبوا
الزائد من الدين عبدا ان صار معتقا ان بقي من دينهم شيء ولم يف به القيمة لان الدين
مستغرق في ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما اتلف فبقي
الباقي عليه كما كان فرجع به عليه وان باعه المولى وهو اي العبد المأذون له مديون مستغرق
وغيبه بالغين المعجمة مشتريه بعد ان قبضه فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه لان الحق لهم
والاجازة اللاحقة كالاذن السابق او تضمين ايهما شاء من السيد او المشتري قيمته
اما تضمين السيد فلانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري واما تضمين المشتري فلانه متعد
بالشراء والقبض والتغييب وانما قيد سبب ضمانهما بما ذكر من التسليم والتغييب
ولم يكتف بالبيع والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد
لانهم اذا قدروا على العبد يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وفوات ذلك
انما يكون بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشرى

عتقه رقبته

حجر الرا... لم

اقرار آخر عليه

الحجر

اسم منع ... نحو

فان ضمنوا السيد ثم رد عليه العبد بعيب رجع السيد عليهم بالقيمة وعاد حقهم في العبد
لارتفاع سبب الضمان وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن بالقيمة
للمالك ثم رد عليه بعيب كان له ان يرده على المالك ويسترد القيمة فكذا هنا وان ضمنوا المشتري
يرجع المشتري بالثمن على البائع لان اخذ القيمة منه كاخذ العين ولو ظهر العبد المعيب بعد ما
اختاروا تضمين احدهما لا سبيل للغرماء عليه ان قضي لهم بالقيمة ببينة او نكول لان حقهم تحول
الى القيمة بالقضاء ولو قضي لهم بالقيمة بقول الخصم بيمينه وقد ادعوا اكثر منه فهم بالخيار ان شاؤا
رضوا بالقيمة او ردوها واخذوا العبد فيبيعونه لهم اذا لم يصل اليهم تمام حقهم بزعمهم كذا
في النهاية وان باع المولى واعلم بكونه مديونا فللغرماء رد البيع ان لم يصل ثمنه اليهم
لتعلق حقهم به وهو حق الاستسعاء او الاستيفاء من الرقبة وفي كل منهما فائدة فالاول
تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوا البيع
وان وصل ثمنه اليهم ولا محاباة في البيع فلا اي فليس لهم ان يردوا لوصول حقهم اليهم فينتفي
لزوال المانع وصاحب الهداية وضع تلك المسئلة اولا على طريق الاطلاق ثم قال قال المشايخ
تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم
قال صاحب العناية قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع
لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى
لهم ولاية الرد لاستسعاء في الديون واجيب بانهم رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق
لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن
ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في
البيع ومعناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون ناقصا
اذا لم يف بالديون وطعن الفاضل الزيلعي ايضا على صاحب الهداية حيث قال وفيه نظر
لانه يشير الى انهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذا لم يكن في البيع محاباة
وان لم يف الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة يثبت لهم خيار الفسخ وان وفى الثمن بحقهم
وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ اذا لم يف الثمن بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء
ولا خيار لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو قال
تاويل المسئلة فيما اذا باعه بثمن لا يفي لاستقام وزال الاشكال لان الثمن اذا لم يف
بديونهم لهم نقض البيع كيف ما كان واذا وفى ليس لهم نقضه كيف ما كان انتهى
يقول الفقير ولهذا المعنى عدل صاحب الدرر عن قول صاحب الهداية وهو قوله
ان لم يصل ثمنه اليهم وان وصل الى آخره الى الوفاء وعدم الوفاء حيث قال في تنوير المسئلة
وان باعه معلما دينه فللغرماء رد بيعه ان لم يف بدينه ثمنه وان وفى ثمنه بدينه ولا
محاباة في البيع لا اي ليس للغرماء رد البيع انتهى لكن كان مخالفا لما في الفاضل
الزيلعي من قوله ولا خيار لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة
فيكون قول صاحب الدرر ولا محاباة في البيع حشوا عنده تدبر
فان غاب البائع فالمشتري ليس خصما لهم ان انكر الدين يعني لو باع المولى عبده المديون
وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء اذا انكر المشتري الدين عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف هو خصم ويقضى لهم بالدين وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها
اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا
لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ
العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب وهو لا يجوز ولانا لو جعلناه خصما
لا يفيد لانه لا يؤدي الا ان لا يصح خصما في الانتهاء لانهم اذا اثبتوا الدين لا يمكن بيعه
بدينهم لان بيعه الى المالك البائع وهو غائب فرد بيعه قضاء على الغائب ايضا
وهو لا يجوز علاوة ادعوا الملك لا الاكتساب اليد ظهر في الانتهاء انه كالغاصب

والغاصب يكون خصما للمغصوب منه ولو كان البائع حاضرا او المشتري غائبا فلا خصومة بينهم
وبين البائع بالاجماع حتى يحضر المشتري لانه يملك واليد للمشتري ولا يمكن ابطالهما وهو
غائب فانه يبطل ملكه لا يكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم ان يضمنوا البائع قيمته لانه صار
متلفا حقهم بالبيع والتسليم كذا في الزيلعي ومن قال انا عبد فلان فاشترى وباع فحكمه
كالماذون وهذه المسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا
عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعي
وكذا القياس ان يشترط العدالة في الخبر لان جانب الصدق به لا يترجح ووجه الاستحسان
ان الناس تعاملوا من غير اشتراط شيء من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به القياس
لان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بينة فيه لتصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكنة فلو
شرط على الناس لما اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس و
الاستحسان عقود الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء
فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت الاذن لان الظاهر
انه ماذون له لان عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب الحرام فوجب حمله على الاذن لوجوب حمل امور
المسلمين على الصلاح ما امكن بالدليل الظاهر وهو الاصل في المعاملات دفعا للحرج عن العباد
فلا يشترط في الاخبار بانه ماذون له بل يكتفى بظاهر حاله فاذا ثبت انه ماذون له بظاهر حاله
صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمه الديون فتتعلق في كسبه وان لم يف
الكسب بالدين لا يباع رقبته ومن هنا قال الا انه لا يباع في الدين لان ملك المولى في
الرقبة ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه ولا يلزمه وجوب الدين عليه ان يباع فيه الا ترى
ان المدبر وام الولد لا يباعان في الدين بخلاف الكسب لان المولى لا يملكه ما دام مشغولا بحاجة العبد
وانما يملك الفاضل عن حاجته ما لم يقر سيده باذنه يعني لو حضر سيده فاقر بالاذن بيع بالدين
لظهور الدين في حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالاصل فلا يباع الا اذا
اثبت الغرماء الاذن بالبينة فح يباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا اذ هي بينة كاسمها
كذا في الزيلعي يقول الفقير فعلى هذا كان على المصنف ان يقول بعد قوله ما لم يقر سيده باذنه
او اثبت الغرماء كونه ماذونا ولقد احسن صاحب الدرر هنا حيث زاده

فصل

لما فرغ من احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي الا انه قدم الاول لكثرة وقوعه
ولكونه مجمعا في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد الماذون
في نفوذ تصرفه وعدم التقييد بكونه دون نوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده
عما ذكر في العبد وقال الشافعي لا ينفذ تصرفه لان حجره لصباه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم
بقاء المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس لرقه نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه
بتصرفه ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه فلان الله
احل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب والشراء
جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف بكونه كذلك واما انه في محله فلكون المبيع
مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكيف من
الا ترى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكهما الولي لا يملكهما باذنه فعلى هذا الصبي لا يكون
من ولاية شرعية وان اذن الولي به قال الفاضل الزيلعي ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى
امر بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار على هو رشيد ام لا وذلك بان ياذن له في التجارة
وهذا يفيد ان الصبي اهل للتصرف وان تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي
لم يبلغ لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وآتوا اليتامى اموالهم وهنا
اريد فيها اليتيم لان الدفع اليهم تمكينهم من التصرف فيها انتهى يقول الفقير في تمسكه بهذه الآية تامل لانهم قالوا
لفظ اليتامى في هذه الآية مجاز من قبيل تسمية الشيء باسم ما كان عليه في الزمان الماضي تدبر

لصحة تصرفه بيانه

حاله

اذن له

ثم شرع في تفصيل تصرفات الصبي وما هو صحيح منه مطلقا وما هو غير صحيح مطلقا وما هو بالاذن فقال تصرف الصبي ان نفع بلا ضرر اصلا كالاسلام وقبول الهبة والصدقة صح بلا اذن وان ضر كالطلاق والعتاق فلا يصح ولو كان باذن وان احتملهما اي النفع والضرر كالبيع والشراء فان كل واحد منهما ينفع تارة ويضر اخرى صح بالاذن لا بدونه لان الصبي اهل قبل البلوغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه طفلا لا يعقل من حيث انه لم يتوجه عليه خطاب وفي عقله قصور وللغير ولاية عليه فالحق بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض وفي الدائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولي لان فيه منفعة لصيرورته مهتديا الى وجوه التجارات حتى لو بلغ فاجازه نفذ عندنا خلافا لزفر لانه توقف على اجازة وليه وقد صار وليا بنفسه لا ببطلان البيع ايضا قد يقع نفعا محضا بان باع شيئا باضعاف قيمته فاذا وقع ذلك ينبغي ان ينعقد بغير اجازة الولي لانا نقول العبرة لاصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع في الاصل ضرر وضعه بخلاف الهبة لانها نفع محض وقبولها نفع محض فاذا اذن للصبي في التجارة ابوه او جده عند عدمه اي عند عدم الاب او وصي احدهما اي وصي الاب او وصي الجد عند عدم وصي الاب او القاضي قال صاحب الهداية وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي قال صاحب العناية والمراد منه ليس الترتيب لان وصي الاب مقدم على الجد وترتيبه الاب ثم وصيه ثم الجد ابو الاب ثم وصيه ثم القاضي بخلاف صاحب الشرطة حيث لا يصح اذنه وكذا باقي الاصول من العصبة كالاخ والعم وغيرهم كالام ووصيها حيث لا يصح اذنهم لانهم ليس لهم ان يتصرفوا في ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن في التجارة والاولون يملكون التصرف في ماله تجارة فكذا يملكون فيها فحكمه اي حكم الصبي الذي اذن في التجارة حكم العبد المأذون فيما ذكرنا من نفوذ تصرفه وعدم التقييد بنوع دون نوع وغير ذلك بشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك والشراء جالبا له وقد ذكرنا خلاف الشافعي في جواز اذنه ودليل الطرفين آنفا فلا نعيده فلو اقر الصبي المأذون بما في يده من كسبه او ارثه لوليه او لغيره صح في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد المأذون وانما قيدنا بظاهر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز اقراره بارثه لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته التجارة وهي معدومة في الموروث وجه ظاهر الرواية ان الحجر انفك عنه بالاذن التحق بالبالغ ولهذا نفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغ فكذا في الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماله والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي حتى يصير مأذونا باذن الاب او الوصي او الجد او وصيه او القاضي دون غيرهم من الاقارب كابن المعتوه واخيه وعمه قال الفاضل الزيلعي وليس لابن المعتوه ان ياذن لابيه المعتوه ولا ان يتصرف في ماله وكذا لو كان الاب مجنونا لان ولاية التصرف في مال الغير لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الراي وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه بخلاف الاب والجد فانهما وافرا الشفقة كاملا الراي فيملكانه ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما المراد والمعتوه الذي بلغ معتوها وان بلغ رشيدا ثم عته قال الفقيه ابو جعفر وابو بكر البلخي لا يصح الاذن له قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد وليس للصبي والمعتوه المأذون لهما ان يتزوجا ولا ان يزوجا مماليكهما لان التزوج والتزويج ليسا من التجارة الا ان ياذن لهما الولي بالتزوج وتزويج الامة لان الولي يملك ذلك فيملك تفويضه اليهما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك تفويضه اليهما بخلاف المولى لانه يملك تزويج عبده المأذون فيملكه العبد ايضا اذا فوض اليه صريحا وان كان لا يملكه عند الاذن وصح اذن الوصي والقاضي لعبد اليتيم لان الاذن في التجارة تجارة معنى

كتاب الغصب

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة معنى حتى ان اقرار المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكونه من انواع التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر المتجانسين متصلا احدهما بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في العناية يقول الفقير ما ذكره من الوجه في المناسبة لا يقال له مناسبة الا بتكلف ولقد احسن صاحب الدرر في ايراده عقيب كتاب الرهن فقال فيه وجهه ان في الاول حبسا شرعيا وفي الثاني حبسا غير شرعي ثم اعلم ان محاسن كتاب الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديات فان ما يحق من بيان كتاب الغصب بيان حكم الشرع عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف ثم محاسنه من حيث الحكم ان الله تعالى لم يخلقه خلوا عن الضمان ومهملا عن البيان بل جعل الابدان والاموال كلها معصومة عن العدوان وجازى الكل بجزاء يوجبه الوفاق ونطقت السنة مؤيدة لتصريح البيان حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها وفائدة العصمة هي ان لا تهدر الجناية ولا تهمل الخيانة وذلك لان بقاء الابدان متوقف على ومرغوب كل نبيه وخامل ولا بقاء لها الا بالاموال في ظاهر الاحوال فلذلك من اتلف مالا معصوما لم يؤخر جزاؤه الى العقبى بل هو حل في الاولى على ما يقتضيه الحجر ليتحقق ما ذكرنا من الحق وهو ان ينتفع المغصوب منه بالمفقود فيؤدي الغاصب مثله ان كان من ذوات الامثال او قيمته ان كان من ذوات القيم بلا اثم اذ لا امكان لجبر الفائت الا بهذا القدر لتثبت في حق الناطق والصامت فكان في ايجاب الضمان ملاحظة لرعاية حق المتلف عليه وزجر الغاصب الجاني كيلا يقدم في حق القاصر والداني فانه اذا تأمل فيه يعلم انه لا يجدون فيه سوى غضب الديان وسخط الرحمن فينزجر عنه كذا في النهاية ثم اعلم انا نحتاج الى بيان الغصب لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وحكمه ودليل حرمته والزامه فهو في اللغة اخذ الشيء من الغير على وجه القهر بالاكراه او غيره حتى يطلق على اخذ الحق ونحوه مما لا يتقوم وقد زيد عليه اوصاف في الشرع نذكرها اذا انتهينا الى بيان لفظ المتن واما سببه فهو لحرص البالغ والهوى المتبع اذا كان مختارا ودفع الضرر عن نفسه اذا كان مضطرا واما شرطه فعند ابي حنيفة رحمه الله كون المأخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف آخرا حتى ان غصب العقار لا يكون موجبا للضمان عندهما على ما سيأتي ان شاء الله تعالى واما حكمه فنذكره ايضا اذا انتهينا الى بيان لفظ المتن واما دليل حرمته فالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض واما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه وقال في خطبته الا ان دماءكم واعراضكم واموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في مقامكم هذا واما الاجماع فظاهر

هو اي الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل
بغير اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلك بغير تعد لعدم ازالة يد المالك
ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعها اخرى او ولدها لا يضمن
التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا
ولعدم اثبات اليد المبطلة وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر او غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب
ولا ما لا يقبل النقل كالعقار وعند الشافعي هو اثبات يد العدوان عليه لا غير
فالحاصل ان المعتبر في الغصب عندنا ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وعند
الشافعي المعتبر هو الثاني فقط وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب على ما سيجيء ان شاء الله
فاستخدام العبد وحمل الدابة غصب لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة فيهما
لا الجلوس على البساط لعدم ازالة اليد بالاستيلاء اذ لم يوجد فيه النقل و
التحويل اذ البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن اخذا عنه
وحكمه الاثم لمن علم انه مال الغير لانه حرام ومرتكب الحرام اثم وانما قيد بقوله
لمن علم لانه لو لم يعلم انه مال الغير فاخذه فحكمه الضمان لا الاثم لانه خطأ فهو مرفوع
بحديث رفع عن امتي الخطأ والنسيان ووجوب رد عينه اي عين المغصوب
في مكان غصبه ان كانت باقية لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما
اخذت حتى ترد ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد ان ياخذ مال اخيه لاعبا
ولا جادا فان اخذه فليرده عليه هذه رواية المبسوط ورواية الفائق والمصابيح
بدون حرف العطف وحرف النفي يعني لاعبا جادا ومعناه ان لا يريد باخذه
سرقة ولكن يريد ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في ادخال
الاذى عليه ومعنى رواية المبسوط ظاهر لا يحتاج الى البيان ولانه بالاخذ فوت
عليه اليد وهي حق لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع
والتصرف فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه واتم وجوهه رد عينه في مكان غصبه
لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة ورد العين هو الموجب
الاصلي لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
ولانه اعدل واكمل لرد الصورة والمعنى ورد القيمة او المثل مخلص يصار اليه
عند تعذر رد العين وعن هذا قال وحكمه الضمان لو هلك لتعذر
رد العين ففي المثلي كالكيلي والوزني والعددي المتقارب والمراد
بالمثلي ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت بين اجزائه يعتد به وما لا يكون
كذلك فهو قيمي ويدخل في المثلي العددي المتقارب كالجوز والبيض والفلس
ثم المثلي قد يكون مصنوعا بحيث يخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى
اصله كالقمقمة والقدر والابريق فيكون قيميا وقد يكون مصنوعا بحيث لا تخرجه
الصنعة عن المثلية لبقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير
يجب مثله لما تلونا من قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد امكن اعتبارهما بايجاب المثل
فكان اعدل واتم في جبر الفائت فكان اولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك
فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان ايجابه اعدل فان انقطع المثل عن
ايدي الناس يجب قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف تجب قيمته
يوم الغصب وعند محمد يجب قيمته يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بغصب المثلي
فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فيعتبر قيمته يومئذ وهذا لان المثل اعلى
فلا يصار الى القيمة مع القدرة عليه لقصورها فلا يجب القيمة قبل انقطاع المثل للقدرة
عليه لانها خلفه ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع

ولابي يوسف

ولابي يوسف ان المثل لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب
فكذا فيما التحق بها لانه لما التحق بها لا بالامثال فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب لانه الموجب للضمان
ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد مثله كان له ذلك وانما
ينتقل الى القيمة بقضاء القاضي حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد قضاء القاضي فيعتبر قيمته
وقت الانتقال وهو يوم الخصومة قال صاحب النهاية ثم حد الانقطاع هو ما ذكرناه في باب
السلم من بيوع الذخيرة وهو ان حد الانقطاع ما ذكره الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله
ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت انتهى وفي القيمي كالعددي
المتفاوت كالثياب والدواب والمثلي المخلوط بالشعير والخل المخلوط بالزيت والموزون
الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة نحو القمقم والطست على ما ذكرنا آنفا من ان يخرجه
الصنعة عن المثلية تجب قيمته يوم الغصب اجماعا لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل
فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسم القيمة ينبئ عنه
وقال مالك رضي الله عنه يضمن مثل صورته لما تلونا ولما روى انس رضي الله عنه قال
كنت في حجرة عائشة قبل ان يضرب الحجاب فاتي بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه
صلى الله عليه وسلم فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت امكم غارت امكم ثم جاءت عائشة
بقصعة مثل تلك القصعة فردتها ولم يستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم في عبد بين رجلين يعتقه احدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيبه
وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص يرجع على
اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث اوجبها على المعتق ان كان موسرا وعلى العبد ان كان
معسرا وحديث عائشة كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق اداء الواجب
اذ كانت القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي كرم الله وجهه يفك الغلام بالغلام
اي بقيمة الغلام حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه يؤيده انه قد صح عنه وعن عمر
انهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة والاية لا تتناول ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو حقيقة
في القيمة من حيث المالية فكانت الاية شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس
لا المثل صورة بلا شك ولهذا قال الشرع من كسر عصا فعليه قيمتها وما قال الله
لانه مفهوم الاية وانما اعتبرها يوم الغصب فلانه مطالب بالقيمة حين غصب فتعتبر
قيمته عند ذلك اجماعا فان ادعى الغاصب الهلاك اي هلاك المغصوب حبس الغاصب
حتى يعلم ان المغصوب لو كان باقيا لاظهره ثم يقضي عليه بالبدل لان حق المالك ثابت في العين
فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المديون الافلاس
وليس لحبسه حد مقدر بل هو موكول الى راي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادعى
الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك واقاما البينة فبينة الغاصب اولى
عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند ابي يوسف
بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب الضمان والاخر ينكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب
وان كان ثابتا باتفاقهما لكن حصل الاختلاف بينهما في وجوب الضمان وعدمه فكان البينة
لمن يثبته والغصب انما هو فيما ينقل لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك لا يتصور
الا في المنقول لان ازالة اليد بالنقل وهو لا يتصور الا فيه فلو غصب عقارا
اي الارض من العقار الارض والغلة قال صاحب المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من دار
او ضيعة انتهى فهلك في يده بان غلب عليه السيل فبقي تحت الماء او انهدم بناء الدار بآفة
سماوية او جاء سيل بعينه فذهب بالبناء لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
وزفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لان الغصب يتحقق بوصفين

باثبات اليد العادية وبازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات اليدين
المتنافيين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا ثبت اليد العادية للغاصب
انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهنا لان المعتبر في اليد يد متصرفة وقد تحققت
اذا سكن الدار باهله وامتعته وزرع الارض لنفسه فاذا تحققت يده انقطع يد المالك
عنها ضرورة لان اجتماع اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة محال
فيضمن بالهلاك كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع بالجحود
ولنا ان الغصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك
الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله واقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف
في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا بعد المالك عن المواشي على ما بينا
بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة على الخلاف في الاصح فلا تلزم ولئن سلم فالضمان
فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود كذا في الزيلعي قال صاحب النهاية لو احتج
محمد والزفر والشافعي بالدليل السمعي والحكم الشرعي اما السمعي فقوله صلى الله
عليه وسلم من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالى يوم القيمة من سبع ارضين فقد
اطلق لفظ الغصب على العقار وكذلك اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم على اليد
ما اخذت دليل على ما قلنا لانه لا تقييد فيه بالمنقول واما الحكم الشرعي
فهو ما ذكر في الزيادات انه اذا وهب الرجل دارا بما فيها من الامتعة فهلكت الامتعة
قبل ان ينقلها الموهوب له ثم استحقت الدار فللمستحق ان يضمن الموهوب له مع
ان الموهوب له لم يزل الامتعة من يد المالك فعلم بهذا ان ازالة يد المالك ليست بشرط
في الغصب والضمان وكذلك اذا ركب دابة غيره ولم ينقلها حتى تلفت يضمن الا
مع عدم النقل ولان الاستيلاء على مال الغير هو الاصل في التملك لان ازالة يد المالك
فكذلك في الغصب ولان الرواية منصوصة في كتاب الرجوع عن الشهادات
ان الشهود اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا ضمنوا
قيمتها للمشهود عليه فلا يكون شهادتهم اقوى من الغصب فلما ضمنوا العقار بالشهادة
الكاذبة ينبغي ان يضمن الغاصب ايضا بالغصب لان كل واحد منهما سبب للضمان
ما جوابنا عنه قلت اما الجواب عن الحديث الاول فان النبي صلى الله عليه وسلم
بين جزاء غاصب العقار بالوعيد في الآخرة ولم يذكر الضمان في الدنيا وفي ذلك دليل على
ان المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الواجب له بيان الضمان لان الحاجة
اليه امس فمن زاد عليه الضمان كان ناسخا وذا لا يجوز والاطلاق لفظ الغصب لا يدل على
تحقق الغصب الموجب للضمان لان في لسان صاحب الشرع حقيقة ومجازا
الا ترى انه اطلق لفظ البيع على الحر بقوله صلى الله عليه وسلم باع حرا وهنا لا يدل على
البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور في الحر على انا نقول بتحقق اصل الغصب في العقار
ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول لان الضمان انما يجب جبرا
من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد بدون النقل لان يد المالك حتى كانت ثابتة على
في مكانه يبقى ما بقي المال في ذلك المكان حكما وكذلك في الحديث الثاني لفظ الاخذ مجاز لان
الاخذ حقيقة لا يتصور في العقار لان حقيقة الاخذ ان يصير المأخوذ تبعا ليده لانه مفعول
فكان هو منسوبا الى المفعول فيدل على حقيقته واما مسئلة الزيادات فقيل في ذلك
الحل غير مستقيم على اصل محمد ايضا لانه وافقنا في المنقول على انه لا يضمن بدون النقل ثم
النقل فيه ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت معتبرة يد المالك
فانتقلت بصفتها الى الموهوب له واما الضمان في مسئلة الدابة اذا ركبها من غير نقل فان ذلك
الضمان ضمان اتلاف لا ضمان غصب الا يرى انه لو ركب حمارا فتلف تحته ضمن والشهود انما يضمنون
العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف ايضا لا ضمان غصب والعقار يضمن بالاتلاف انتهى

وانما قيل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر دارا من رجل فانهما في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما مختلفان

متعلق بتركه

وما نقص

وما نقص منه اي من العقار بفعله كسكناه بان كان دارا فسكنه وزرعه بان كان
ارضا فزرعها فانتقص بهما ضمنه اي ضمن النقصان كما في النقل وهنا بالاجماع لانه اتلاف البعض
والعقار يضمن بالاتلاف كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين واختلفوا في تفسير النقصان
قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم يستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن تفاوت
ما بينهما من النقصان وفي المجتبى انه رجع الى قول نصير وياخذ راس ماله يعني ياخذ الغاصب
راس ماله يعني ياخذ الغاصب راس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع
ويتصدق بالفضل عند ابي ح وم حتى لو غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت
ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه ياخذ منه اربعة اكرار ويتصدق بالباقي
وعند ابي يوسف لا يتصدق به اي بالباقي لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه
لان ما ضمن من الغاصب يملكه باداء الضمان والمضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى
وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فتبين انه حدث في ملكه اذ الخراج بالضمان بخلاف ما
اذا لم ينقصها لانتفاء الملك لعدم الضمان ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل فصار
كما اذا لم ينقص بالاستعمال ولان الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا
فلا يظهر في انتفاء الخبث وكذا لو استغل العبد المغصوب فنقصه الاستغلال
يعني لو اجر العبد المغصوب واخذ غلته فنقصه او اجر المستعار ونقص
يضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما شذ زيدة من اجزائه
كلا او بعضا وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به عند ابي ح ومحمد خلافا
لابي يوسف والوجه من الجانبين قد بينا في المسئلة التي قبلها وان تصرف في الغصب
او الوديعة فربح وهما اي المغصوب والوديعة مما يتعينان بالتعيين كالعروض ونحوها
تصدق بالربح ولا يطيب له عند ابي ح وم خلافا لابي يوسف ايضا اي كخلافه
في المسئلة التي قبلها وقد مرت الدلائل فيها وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند
الملك الا ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه اعلم ان التصرف
في ملكه فكان الربح خبيثا اما فيما يتعين وهما يتعينان لو صودف فيه لان العقد
يتعلق به حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد اليد على المبيع بملك خبيث
فيلزم ان يتصدق به وان كان المغصوب والوديعة لا يتعينان كالنقود
فان اشار التصرف اليهما الى دراهم الغصب او الوديعة ونقدهما ايضا
فكذلك لا يطيب له الربح ويتصدق به عندهما لان الاشارة اليهما لا يفيد التعيين
فيستوي وجودها وعدمها لكنه اشار اليهما ثم نقد منهما تاكد بالنقد منهما فتحقق
الخبث ولا يطيب له الربح فيتصدق به خلافا لابي يوسف ايضا وان اشار الى غيرهما
ونقدهما او اشار اليهما ونقد غيرهما او اطلق اطلاقا ولم يشر اليهما
ولا الى غيرهما بل قال اشتريت بالف درهم ونقدهما طاب له الربح في هذه الصور
الثلاث اتفاقا قيل وبه اي بعدم الطيب في الاولى وبالطيب في الصور الثلاث الباقية
يفتى قال صاحب العناية وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي قالوا
والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وقال صاحب الدرر
وبه كان يفتي الامام ابو الليث والمختار انه لا يطيب مطلقا يعني في الصور
كلها لاطلاق الجواب في الجامعين وكتاب المضاربة من المبسوط ولو اشترى
بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين فوهبها اي الجارية او اشترى
طعاما فاكله لا يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد
الجنس ولا تجانس بين الالف والجارية وهنا لان الربح فضل والفضل انما يكون
بعد المساواة والمساواة انما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوي فلا فضل كذا في الكافي

فصل

لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما
يزول به ملك المالك لانه عارض وحق الفصل عما قبله وان تغيرت العين المغصوبة
احترازا عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او الرطب تمرا فان المالك
فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه فزال اسمها احترازا عما اذا غصب شاة
فذبحها فقط فان ملك مالكها لم يزل بالذبح المجرد اذ لم يزل اسمها حيث يقال
شاة مذبوحة واعظم منافعه اي يتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان البقاء
المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظ
انه تاكيد لان قوله زال الاسم يتناوله فانها اذا طحنت تسمى دقيقا لا حنطة فيزول اسمها
كذا في العناية ضمنه وملكه وزال ملك المغصوب منه عنه اما الضمان فلكونه متعديا
واما الملك فلانه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة مثلا تزداد بطبخها وشيها
وكذا قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحيانا صيرحق المالك هالكا من وجه حتى تبدل
الاسم وفات اعظم المنافع وحق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه فيكون راجحا
على المالك من وجه وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك عن العين بذلك وهو رواية
عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال
الربوية لانه يفضي الى الربا وعند الشافعي وعن ابي يوسف ان ملكه يزول عن العين
ويملكه الغاصب لكنه يباع في دين المغصوب منه يعني ما وجب عليه بالغصب
من المثل او القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه احق من سائر الغرماء
على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الابق لعدم رضاه يبطلان حقه فصار
كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل اداء الثمن بل اولى لان الملك
اقوى من اليد فاذا لم يبطل حق اليد فاولى ان لا يبطل حق المالك وللشافعي ان العين
ملكه فيبقى ملكه بابقاء العين وتبعها وصفها اذ هو قائم بها فيترجح هو ولنا ما مر
ولا يحل انتفاعه اي انتفاع الغاصب به اي بالمغصوب المغير قبل اداء الضمان
والقياس ان يحل له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث
ووجهه وجود الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان
الحديث الذي رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن ابي بردة عن ابي موسى الاشعري رض
ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية
اي مشوية فاخذ منها صلى الله عليه وسلم لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال انها تخبرني
انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت اخي من هنا لم ينفس علي بها وسارضيه
بما هو خير منها اذا رجع فقال صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق
زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع به قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع من قبل الارضاء
فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع حرمة الانتفاع
قبل اداء الضمان لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل باح لان حق المالك صار مستوفى
بالبدل وكذا اذا ابراه المغصوب منه لسقوط حقه بالابراء كشاة ذبحها وطبخها او شواها
او قطعها او حنطة طحنها او زرعها وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة بالجيم خشبة منحوتة
مهيأة للاساس وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية وساجة بالجيم خشبة منحوتة
مهياة للاساس عليها او لبنة معروفة بنى عليها اي على الساجة او اللبنة هذه الجملة امثلة لما غير اسمه وزال
قال مولانا الفاضل اخي چلبي في حواشيه على صدر الشريعة لو قال في تقرير اصل المسئلة
لو تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها او اختلطت
بملك الغاصب بحيث يمتنع امتيازها او يمكن لكن بحرج زال ملك المغصوب منه
كما فعله الزيلعي لكانت الامثلة كلها واضحة انتهى

يقول الفقير جوابهم بان الذبح لا يفوت اسم العين حيث يقال شاة مذبوحة وشاة حية
يشكل بالشي فانه ايضا لا يفوت حيث يقال شاة مشوية فيلزم ان لا يملكها بالشي
كما لا يملكها بمجرد الذبح اللهم الا ان يقال انها في الشي تسمى شواء فلا ولهذا لا يقربها
ذكروا من الفوت على الوجه الذي قالوا بل يعبر بان الذبح لم يحدث له اسما اخر الشاة
بخلاف الشي فانه احدث له اسم الشواء وليس فيه ذهاب اسم الشاة تدبر وان جعل
الفضة او الذهب دراهم او دنانير او جعل الفضة آنية لا يملكه وهو لمالكه بلا شي
عند ابي ح وعندهما يملكه الغاصب وعليه اي على الغاصب مثله اي مثل الذهب والفضة
لتبدل الاسم بالصنعة ولهما وهنا لانه احدث صنعة معتبرة بحيث صار حق
المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد به وكان قبل ذلك
تبرا وهو لا يصلح راس مال في المضاربات والشركات وبعدما ضرب يصلح لذلك
وفي ذلك دليل على تغايرهما معنى واسما لانه قبل الضرب كان يسمى تبرا وفضة
وبعدهما يسمى دراهم ودنانير وآنية ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم
ولابي ح ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان اسم الذهب والفضة باق
والاحكام المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربا والزكاة
باقية وانما كان كذلك لم ينقطع حق المالك فلا يملكه الغاصب وهو لمالكه بلا شي
فان ذبح الغاصب الشاة فالمالك ان شاء طرحها اي الشاة عليه اي على الغاصب
وضمنه قيمتها اي قيمة الشاة او اخذها اي الشاة وضمنه نقصانها اي نقصانها
لانه اتلاف من وجه لفوات بعض المنافع من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو
فيتخير بين تضمين جميع قيمتها وتركها له باعتبار الاتلاف وبين تضمين قيمتها نقصانها
باعتبار بقاء بعض المنافع وروى الحسن عن ابي ح انه ليس له ان يضمنه النقصان
اذا اخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف انفها
او امكان الانتفاع بلحمها بيقين والاول هو الظ لانه نقصان باعتبار فوات بعض
الاغراض على ما بينا انفا يقول الفقير خصوصا اذا ذبح الشاة الحامل فان
في ذبحها من النقصان ما لا يخفى وكذا لو قطع يدها او رجلها يتخير بين
تضمين جميع قيمتها وتركها له وبين تضمين نقصانها لهذه العلة بعينها او قطع
طرف دابة غير ماكول له يتخير فيه ايضا بين تضمين جميع قيمتها وتركها له وبين تضمين نقصانها
يقول الفقير وفي هذه المسئلة مخالفة لما في اكثر الكتب اذ سنت التحقيق فاستمع لما
نتلو عليك وهو هنا اعلم ان الفاضل الزيلعي قال لو كانت الدابة غير ماكولة اللحم
يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف
العبد حيث يضمن نصف قيمته مع اخذه لانه منتفع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صالح
لجميع ما كان صالحا له قبل من الانتفاع ولا كذلك الدابة فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب
بعد القطع انتهى وقال صاحب مختار الفتاوى وفي غير ماكول اللحم يضمن قيمتها
بقطع الطرف لانه استهلكها من كل وجه وقال صاحب الرمز في شرح الكنز
ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها
لانه استهلاك من كل وجه وقال صاحب الدرر وان كانت الدابة غير ماكول اللحم
فقطع الغاصب طرفها يضمن المالك جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه
وقال صاحب التسهيل في متنه لطائف الاشارات ولو قطع طرف دابة
لا توكل ضمن قيمتها اذ يعد هلاكا صندر وقيق وخفاف لان كلا منها
يعتق انه تعييب لا اهلاك فيرجع بنقصانه وقال صاحب مجمع البحرين ولو
ذبح شاة غيره او قطع عضوا منها فان شاء المالك اخذها وضمنه
نقصانها او سلمها الى الغاصب وضمنه جميع قيمتها

وقال ابن الملك في شرحه لانه في الذبح اتلافا لبعض الاغراض من الشاة وهو الدر
والنسل وابقاء لبعضها وهو اللحم وفي ذكر الشاة اشارة الى ان هذا الحكم في ماكول
واما اذا لم يكن ماكول اللحم يضمن جميع قيمتها الا اذا قطع طرف العلقا المغصوب فانه للمالك
ان ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي ينتفع به بعد قطع عضوه ولا كذلك الدابة الغير
الماكولة انتهى وقال صاحب الهداية ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه
جميع قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا هو
ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوات بعض الاغراض من الحمل والدر
والنسل وبقي بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة
غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها كان للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به
بعد قطع الطرف انتهى وقال صاحب العناية في شرحه قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فائدة
فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء
ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انهما في الحكم سواء ومن الشارحين
من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار
فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة رد ذلك الظاهر
وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت
غير ماكول اللحم والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله
حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه
والظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وبين
تضمين نقصانها ويجوز ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر
في الذخيرة والمغني وفي المنتقى روى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار او رجله وكان
لما بقي قيمة فله ان يمسك وياخذ النقصان انتهى وقال صاحب النهاية وفي تقييد هذه
الرواية في حق هذا الحكم بكون الدابة غير ماكول اللحم ليست زيادة فائدة لما ان هذا الحكم
منسحب في ماكول اللحم وغير ماكول اللحم وذلك لانه اثبت الولاية للمالك في تضمين جميع القيمة
في الشاة بقوله ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها الخ
ثم قال وكذلك الجزور ثم عطف عليه قوله وكذا اذا قطع يدها فعلم بهذا ان في قطع
يد الشاة والجزور يضمن جميع القيمة فلم يكن الدابة التي هي غير ماكولة اللحم مخصوصة
بتضمين جميع القيمة بقطع الطرف منها كذا ذكر في المبسوط لكن يحتمل ان يكون مراده
نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها كما في
ذبح الشاة غيره بغير اذنه لانه ذكر في المبسوط مثل هذا مع اطلاق لفظ الدابة فقال
واما الدابة اذا غصبها فقطع يدها او رجلها فلصاحبها ان يضمن الغاصب قيمتها
ثم قال وكذلك لو كانت بقرة او جزورا فقطع يدها او رجلها او كانت شاة
فذبحها فقد اثبت حكم تضمين جميع القيمة في قطع طرف ماكول اللحم من البقرة والجزور
كما ترى ولكن عطفها على الدابة فعلم بهذا ان المراد بالدابة الفرس والبغل والحمار
وذكر اختيار المالك في قطع طرف الحمار ايضا في صورة مخصوصة في الذخيرة والمغني
فقال وفي المنتقى روى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان
يمسك وياخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمارا انسان ذبحا فقال صاحبه اني اضمنه النقصان
وامسك الجلد له فان كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وان قتله فليس له ذلك قال هشام
فان ذبحه بمنزلة الدباغ وفي النوادر اذا قطع اذن الدابة يضمن النقصان وقيل قطع الاذن
من الدابة نقصانا يسيرا وكذلك لو قطع ذنبها يضمن النقصان انتهى ما ذكره صاحب النهاية
وقال صاحب الكفاية والواجب في غير ماكول اللحم جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع
طرفها اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى

اذا سمعت ما نقلناه من هذه الكتب فنقول فرق بعضهم بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم
وبعضهم سوى بينهما والمص اختار التسوية بينهما فلذا قال او قطع طرف دابة غير ماكوله
معطوفا على ما قبله فتدبر ثم يقول الفقير لا يخفى ان ضمير التثنية في قول صاحب الهداية
وكذا اذا قطع يدهما راجع الى الشاة والجزور لا محالة ففيما نقل صاحب العناية بحروفه
قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا
قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه جميع قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انهما في الحكم
سواء نظر لان ضمير التثنية في قوله فدل انهما في الحكم سواء يرجع الى ماكول اللحم وغير ماكول اللحم
فدلالة عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء الخ على ان ماكول اللحم وغير ماكول اللحم
سواء غير ظاهرة تدبر حتى يظهر لك حقيقة الحال بعون الخبير المتعال
او خرق الثوب خرقا فاحشا فوتت الجملة صفة خرقا بعض العين او بعض نفعه يعني هذه
الصورة ايضا بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين اخذه وتضمين النقصان وفي خرق
يسير نقصه انقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير ولم يفوت شيئا من النفع يضمن نقصانه ويأخذ
لان العين قائمة من كل وجه وانما دخل عيب فكان النقصان في قيمته فيضمن ذلك النقصان
ثم انهم اختلفوا في حد الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش
وما دونه يسير وقال بعضهم الفاحش ما ينقص نصف القيمة يستوي القائم والهالك فيخير
المالك بين ان يميل الى القائم او الهالك والصحيح ما اختاره المص وهو ان الفاحش ما يفوت
بعض العين من حيث ان الثوب لما قطع يفوت شيء من اجزائه ويفوت بعض المنفعة ويبقى
بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان
من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا جعل في الاصل
قطع الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه فله ان ياخذ
ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان القطع
بعض المنافع لانه بعدما قطع قميصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وامثاله
والساقط من القيمة اقل من النصف او اقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد فاحشا
ومن بنى في ارض غيره او غرس امر بالقلع والرد لان الارض لا تغصب حقيقة
فيبقى فيها حق المالك كما كان والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها كما
لو شغل ظرف غيره بطعامه لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق اي ليس
لذي عرق ظالم حق وتحقيقه ان صاحب المغرب صحح بتنوين عرق وهو المنصب
بغرس في الارض غيره على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظلم الذي هو
صفة صاحبه مجازا كما يقال صام نهاره وقام ليله وقال القهستاني
وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه هذا اذا
كانت الارض لا تنقص بالقلع وان كانت تنقص بالقلع فللمالك ان
ان يضمن له اي للغاصب قيمتها اي قيمة البناء والغرس مامورا بقلعهما وبين طريق
معرفة قيمتها بقوله فتقوم الارض بلا شجر او بناء وتقوم مع احدهما حال كونه
مستحق القلع فيضمن الفضل فان قيمة الشجر والبناء المستحق للقلع اقل من قيمته مقلوعا
فقيمة المقلوع انما نقصت منها اجرة القلع كالباقي في قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت
قيمة الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم مثلا بقي تسعة دراهم
فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة والخيار
قال المص مامورا بقلعه هو مستحق القلع ولم يقل مقلوعا وروي عن الكرخي انه هذا اذا كانت قيمة
الارض اكثر من قيمة البناء او الغرس وان كان العكس فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة ويأخذها
كذا في النهاية وبعض المتاخرين افتوا بمختار الكرخي لكن ظاهر الرواية ما ذكر في المتن ووقع
في العمادية وبعض المتاخرين افتوا بقول الكرخي فانه حسن ونحن نفتي بجواب ظاهر الرواية اتباعا لمشايخنا فانهم

وفي الفتاوى البزازية وبعض المتأخرين افتوا بمختار الكرخي ونحن نفتي بجواب الكتاب
اتباعا لشيوخنا وبعض مشايخ خوارزم حين وقع الاجلاء والحرق بخوارزم وتفرق
اهلها ايدي سبا ثم عمر سكان الاراضي الخالية حال غيبة ملاكها ثم جاء الملاك
افتوا بان البناء لو اكثر قيمة يعطي الباني القيمة لمالك الرقبة وان الرقبة لو اكثر
يعطي قيمة البناء لصاحب البناء ويتملكها صاحب الرقبة انتهى ما في البزازية
على انه رجح فخر قدوة الروم ابو السعود المرحوم ظاهر الرواية وافتى به سدا لباب الظلم
وقال في فتاواه ليس لعرق ظالم قرار ولا يعمل بما نقل عن الكرخي لكن هذا الاختلاف فيما اذا كانت
واما اذا كانت وقفا فيؤمر بالقلع والرد مطلقا بلا اختلاف هذا خلاصة الكلام بعون الله الملك العلام
وان صبغ الغاصب الثوب الذي غصبه احمر او اصفر او لت السويق الذي غصبه
بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه ابيض اي اخذ منه قيمة ثوبه ابيض
وضمنه مثل سويقه لانه من المثليات وترك ما غصبه الغاصب له او اخذهما
اي الثوب والسويق وضمن ما زاد الصبغ والسمن في الثوب والسويق
وقال الشافعي في الثوب يجبر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان وتسليمه
الى صاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب
متعد فلم يكن لفعله عرق والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبناء في الارض
بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم
كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما امكن وكان
صاحب الثوب اولى بالتخيير لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف وهو قائم
بالاصل وكذا السويق اصل والسمن تبع الا ترى انهم يقولون سويق ملتوت
فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف البناء والغرس لان التمييز ممكن فيه بالنقض ولم
يوجد بعد النقض فامكن ايصال حق كل واحد منهما اليه وفي الصبغ يتلاشى بالغسل
فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل احد كالقاء الريح
حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ
الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب
الصبغ بقيمته وقال ابو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باع الثوب
فيضرب بكل واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن ايضا لامكان وصول حق
كل واحد منهما هنا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا والجواب في اللت كالجواب
في الصبغ غير انه يضمن فيه بمثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق من ذوات الامثال
بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي لكن في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا
وان صبغه اي الثوب اسود ضمنه قيمته ابيض او اخذه بلا رد شيء لان الصبغ بالسواد
نقص عند ابي حنيفة وعندهما الاسود كغيره وهذا الاختلاف بين ابي حنيفة
وبين صاحبيه في الاسود اختلاف زمان فان بني امية في زمانه كانوا يمتنعون عن
لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ما شاهد من عادة
اهل عصره ولا اختلاف بينهم في الحقيقة والمصنف لم يتعرض في المختصر لذكر الاختلاف
ولا للون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا الثياب
بالحمرة والصفرة ومنها ما ينقص فلا معنى للتقييد بلون دون لون بل يعتبر فيه
الزيادة والنقصان حقيقة فلو كان ثوبا ينقصه الصبغ بالسواد فالجواب فيه كالجواب
ولو كان ثوبا يزيد السواد في قيمته فالجواب فيه كما قالا لانه يكون بمنزلة الحمرة والصفرة
ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بالحمرة والصفرة فالجواب ايضا ما قاله وان كان
ثوبا يزيد الحمرة والصفرة في قيمته فالجواب ما قالا كذا في الزيلعي والنهاية

فصل

فصل

لما فرغ من بيان مقدمات الغصب ومن بيان كيفية ما يوجب الملك للغاصب شرع في ذكر
مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين وان غصب شيئا وغيب
ما غصبه فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمته فان اختار
تضمين القيمة وضمن قيمته ملكه اي ملك الغاصب المغصوب حتى لو ظهر المغصوب
صار للغاصب لحصوله وقال الشافعي لا يملكه لان الغصب تعد محض فلا يكون سببا
للملك لانه حكم شرعي فيستدعي سببا مشروعا ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب
بكماله رقبة ويدا فوجب ان يخرج المغصوب عن ملكه لئلا يجتمع البدل والمبدل
في ملك شخص واحد ووجب ان يدخل في ملك الغاصب والا لزم ثبوت الملك
بلا مالك فيملكه ملكا مستندا الى وقت الغصب وكل شيء ثبت مستندا فهو ثابت من وجه
دون وجه فيكون ناقصا فلا يظهر اثره في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب
وعن هذا قال ونسلم له الاكساب دون الاولاد لان الولد اصل من وجه قبل الانفصال
وبعده اصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع محض والملك الناقص
يكفي للتابع المحض دون ما هو اصل من وجه وتبع من وجه والقول في القيمة للغاصب
مع يمينه يعني اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها للغاصب مع يمينه
ان لم يبرهن مالكه على الزيادة لان الغاصب منكر والمالك مدع والقول للمنكر مع يمينه
ولو اقام الغاصب بينة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل
قال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين عن نفسه وقد تقبل البينة
لاسقاط اليمين الا ترى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو اقام
البينة على ذلك قبلت بينته وطريقه ما قلنا وكان القاضي ابو علي النسفي
يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة
ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة
اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة
لم تسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في النهاية والعناية وان برهن
المالك باكثر مما يقوله الغاصب لا يكون القول للغاصب بل تقبل بينة المالك لانه
اثبته بالحجة الملزمة فان ظهر المغصوب المعيب بعدما غرم الغاصب القيمة وفيه اشارة ان يقال
بالواو تدبر والحال ان قيمته اكثر مما ضمنه الغاصب وقد ضمنه الغاصب بقول
المالك او برهانه او بالنكول يعني بنكول الغاصب عن اليمين فهو اي المغصوب
للغاصب ولا خيار للمالك لانه حصل ملكه بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار
وان ضمنه بقوله اي بقول الغاصب فالمالك بالخيار ان شاء امضى الضمان او اخذه
اي المغصوب ورد عوضه الذي اخذه بقول الغاصب لعدم تمام رضاه بهذا القدر
وانما اخذ دون القيمة لعدم حجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه او اقل
في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي لا خيار له لانه توفر
عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار
لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه ولم يرض بالبيع الا برضاه
فكان له الخيار ثم اذا اختار المالك اخذ العين فللغاصب ان يحبس العين حتى يأخذ
القيمة التي دفعها اليه كذا في الزيلعي ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند
الآخر يعني لو اقام الغاصب بينة على انه رد المغصوب الى المالك فهلك عنده واقام
المالك بينة على انه هلك عند الغاصب فبينة الغاصب اولى عند محمد خلافا لابي يوسف
فانه قال بينة المالك اولى لانها مثبتة للضمان ولمحمد ان الضمان ثابت بنفس الغصب فلا حاجة الى اثباته
لكن الغاصب يدعي عوده وانما المالك ينكره فيكون بينة الغاصب اولى وهو ظاهر المذهب

ومن غصب عبداً فباعه فضمنه بعد البيع نفذ بيعه وان اعتقه فضمنه بعده لا ينفذ عتقه
والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستنداً او ضرورة وكل ذلك
ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب
والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق الا يرى ان البيع ينفذ من المكاتب
بل من المأذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ
باجازة المالك البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح
لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ الملك والدليل
على انه تام ان الشهادة تشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن
تاماً لاشترط عند الاجازة كذا الرضا من الغاصب صرفاً وتقابضا وافترقا
واجاز المالك بعد الافتراق جاز الصرف وزوائد المغصوب غير مضمونة
ما لم يتعد الغاصب فيها او يمنعها بعد طلب المالك اياها والزوائد سواء كانت
متصلة كالحسن والسمن او منفصلة كالولد والثمرة لانها
امانة وحكمها هنا وقال الشافعي هي مضمونة على الغاصب ولا فرق بين ان يكون
الزيادة متصلة او منفصلة او كانت بالسواء على المذهبين للشافعي
انها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها لما عرف ان الاوصاف الشرعية
تسري من الاصل الى ما يتولد منه الا يرى ان ولد ام الولد والمدبرة والمكاتبة
والقنة والحرة يسري اليه حكم امه حتى يكون حكمه كحكمها وكذا ولد الظبية المخرجة
من الحرم يسري اليه حكم امه ولان الغصب هو اثبات اليد على مال الغير
بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوائد حيث تحقق في الاصل فكان مضموناً على
الاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم ولنا ان الغصب ازالة يد المالك
باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لانها لم تكن في يد المالك
حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصباً فلا تضمن الا بالتعدي
او بالمنع عند طلبه لان المنع تعد وانما يضمن ولد الظبية لوجود المنع منه لان الرد
الى الحرم حق الشرع وهو مطالب به كما اخرجها فيكون متعدياً بالامتناع عن الرد
حتى لو هلك قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا اكثر المشايخ
ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقاً تمكن من الرد ولم يتمكن فهو ضمان الاتلاف?
لان الصيد كان آمناً في الحرم ببعده عن ايدي الناس وقد فوت عليه الامن
باثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو اخرج جماعة من
المحرمين صيداً واحداً من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم
ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم الا قيمة واحدة يوضحه انه يجب بالاعانة
والاشارة والدلالة لازالة الامن فلان يجب باثبات اليد عليه وفوقها اولى
وان نقصت الجارية بالولادة فهو في ضمان الغاصب نقصها يعني اذا
ولدت الجارية المغصوبة التي حبلت عند الغاصب ولداً ونقصت بالولادة كان
النقصان مضموناً على الغاصب ويجبر النقصان بقيمة الولد وقال زفر والشافعي
لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملك المالك فكيف يجبر ملكه بملكه فصار كولد الظبية
المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد او هلكت الام بالولادة او بغيرها من الاسباب
وكما لو جز صوف شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه اخر او خصى عبد غيره
فان زادت قيمته او علمه فما نسيه التعليم وان زادت قيمته به فانه يضمن الجزء الفائت
ولا يجبرها نقص الجزء غيره بما زاد من قيمته بسببه ولنا ان سبب الضمان والزيادة
واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث
مالية الولد لان الولد انما صار مالاً بالانفصال وقبله ليس بمال

الاترى

الا ترى انه لا يجوز التصرف فيه بيعاً ورهناً وهبة ونحوه فاذا صار مالاً انعدم
ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة او
اكثر ثم رجعوا عن الشهادة فانهم لا يضمنون لانهم اخلفوا بالشهادة قدر ما اتلفوا
فلا يعد اتلافاً لاتحاد السبب فكذا هنا وكما اذا قطعت يد عبد عند الغاصب
فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصه بالارش لما ذكرنا ان اتحاد السبب لان السبب الواحد
لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان ولان الواجب على الغاصب
ان يرد ما غصب وماليته كما لو غصبه من غير نقصان فاذا فعل ذلك برئ من الضمان
الا يرى انه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت
مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا اذا
سقط ثنيتها او قلعها الغاصب فنبت مكانها اخرى فردها سقط ضمانها وقولهما
كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هنا بجبر في الحقيقة وانما هو اعتبار لملكه
منفصلاً بعضه عن بعض ان كان متحداً كما اذا غصب نقرة فضة فقطعها فانه
يردها ولا شيء عليه غيرها اذا لم ينقص بالقطع وولد الظبية ممنوع فان نقصانها يجبر
بولدها عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت ممنوعة في رواية عن ابي حنيفة فانه روي عنه ان
الام اذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفي رواية عنه انه يجبر بالولد
قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم
الغصب وتخريجه ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالباً فيكون
موتها بغير الولادة من العوارض وهي ترادف الآلام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد
سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد اما اذا مات الولد قبل الرد
فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بعضها لبراءة الغاصب والخصي ليس بزيادة
لانه غرض بعض الفسقة ولهذا لو غصب العبد الخصي وهلك عنده لا يجب قيمته خصياً
وانما يجب عليه قيمته غير خصي وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع المالك
بما زاد بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ
ولا اتحاد في السبب فيما عداه من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب
الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه
كذا ذكره الزيلعي او يجبر بالغرة لانها كالولد لانها قائمة مقامه لوجوبها بدلاً
عنه والغرة نصف عشر دية الرجل وهي خمسمائة درهم لو كان الجنين ذكراً او عشر دية
المرأة لو كان انثى وهي ايضاً خمسمائة درهم وفائدة اختيار عشر دية المرأة مع انه خمسمائة درهم ايضاً
سنبينها في كتاب الديات ان شاء الله تعالى ان وفت قيمة الولد
والغرة معاً يعني يجبر النقصان بقيمة الولد ان كان في قيمة الولد وفاء به ويسقط ضمانه عن الغاصب
وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وكذلك يجبر النقصان بالغرة ان كان فيها وفاء به
ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء يسقط بحسابه ايضاً يقول الفقير
لا يخفى ما في عطف قوله او بالغرة من التسامح ووجهه غير خفي على من تأمل بل تدبر
ولو زنى بامة غصبها فحبلت فردها حاملاً فولدت فماتت بها اي بالولادة في نفاسها
ضمن قيمتها يوم علوقها عند ابي حنيفة بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل بكرهها فحبلت
ثم ولدت وماتت في نفاسها فانه لا ضمان عليه فيها وعندهما لا يضمن في الامة ايضاً
اي كالحرة الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها تعيبت بالحبل فيجب عليه نقصان
العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل الرد وذلك
ولابي حنيفة انه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها
فلم يصح الرد بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى تقول يبقى ضمان الغصب بعد
الرد فافترقا وانما قيدنا بالموت في نفاسها ليظهر كون الموت من الولادة بيقين

علة عدم اعتبار الخصي عند الشرع

قال صاحب مجمع البحرين وقالا يضمن نقصها بالحبل في الاصح وقال ابن ملك في شرح مجمع البحرين
قيد بقوله في الاصح احترازا عما ذكر في المختلف انهما قالا لا يضمن شيئا لانها تعيبت
في يد الغاصب بالحبل فلما ردها الغاصب وولدت زال العيب فزال الضمان وانما ضمنا الامة
في المتن الصحيح لان الولادة حصلت بسبب الحبل فلم يحكم بزوال العيب عنها لان اثره باق
ما دامت في نفاسها انتهى يقول الفقير ولهذا استثنينا نقصها بالحبل اختيارا للاصح فقيد
ولو ردها محمومة فماتت لا يضمن يعني لو غصب امة صحيحة فحمت ثم ردها محمومة فماتت لا يضمن
الا نقصها بالحمى اتفاقا لان سبب الموت ما بها من الحمى والضعف وقت الموت
لكنه يحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدثت في يد المالك ومع الشك
فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك وفي استثناء نقصها بالحمى منكورة في
لطائف الاشارات وكذا لو زنت عنده اي عند الغاصب فردها الى المالك
فجلدت فماتت منه يعني لا يضمن الا نقصها عيب الزنا لان الزنا سبب لجلد مولم
لا جارح ولا متلف ولهذا يختار فيه سوط لا ثمرة له والجلد وقع في يد المالك بجلد
متلف لم يوجد سببه في يد الغاصب وكذا هنا غيرها وجب في يد الغاصب فلا يضمن
ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه سواء سكنه او عطله اي سواء سكن فيما غصبه او
جعله معطلا وقال الشافعي يضمن لان المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقود لان المال
اسم لما يميل اليه النفس مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة الا ترى انها تصلح
صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ولولا انها مال لما صح صداقا
وفيه نظر لان الاعيان انما تقومها لاجل الانتفاع باعتبار المنافع فكيف
تنعدم المالية فيها وهي متقومة في نفسها لان التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة
بنفسها عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها بل تقوم الاعيان باعتبار
فيستحيل ان لا تكون المنافع متقومة ولنا ان عمر وعليا رضي الله عنهما حكما
بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته وعقد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما
بوجوب اجر منافع الجارية والاولاد مع علمهم ان المستحق يطلب جميع حقه ولو كان
المغرور كان يستحق منافع اولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجه
ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك فيها لانها
اعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا اتلافها لانه لا يخلو اما ان يرد
عليها الاتلاف قبل وجودها او حال وجودها او بعد وجودها وكل ذلك ممتنع
اما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن واما حال وجودها فلان
الاتلاف اذا طرأ على الموجود رفعه فاذا قارنه منعه واما بعد وجودها فلانها
تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلافها بعدهم ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطله
او سكنه وقال مالك ان سكنه يجب اجر المثل وان عطله لا شيء عليه يقول الفقير لو قال
بدل قوله سواء سكنه او عطله سواء استوفاها او عطلها لكان اولى واعم والجملة ولو تم
معلوم لمن له ادنى تنبه الا في الوقف فانه اذا غصبه فسكنه او عطله يضمن
مولانا عماد الدين في فصول مال اليتيم ايضا
ولا يضمن الغاصب خمر المسلم او خنزيره بالاتلاف يعني لو اسلم ذمي وبين يديه الخمر او الخنزير
فاتلفهما اخر لا يضمن لانهما ليسا بمالين في حق المسلم بخلاف ما اذا كان من الخمر والخنزير حيث
يضمنهما بالاتلاف لانهما مالان في حقهم قال الشافعي لا يضمنهما للذمي ايضا وهو
على هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي وسيجيء عن قريب
له انهما غير متقومين في حق المسلم فوجب ان يكونا في حقهم كذلك لانهم اتباع لنا في الاحكام
قال صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم
وهذا يقتضي ان كل حق ثبت في حق المسلمين ثبت في حقهم على ان حرمته يزيد على حق المسلمين

ولان عقد الذمة

ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما ثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف
الاصل فيسقط تقومها في حقهم ولا يصح بيعها كما في حق المسلم ولنا انا امرنا
ان نتركهم وما يدينون الاترى الى قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر
اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها
فلولا انهما متقومتان ولم يكن بيعها جائزا لهم لما امرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى
فاجتنبوه يتناول المسلم فانفسخ في حقه وبقي في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يعتقد
لان السيف والمحاجة موضوعا عنهم فتعذر الالزام بخلاف الميتة والدم لان احدا لا يعتقد
تمولهما وبخلاف الربا لانه مستثنى من عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس
بيننا وبينه عهد ولانه محرم عليهم في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه
وضمن القيمة فيهما اي في الخمر والخنزير لو كانا لذمي لان الخنزير من ذوات القيم لا الامثال
لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها لما فيه من اعزازها وان اتلف ذمي خمر ذمي ضمن مثلها
للقدرة عليه ولا يصار الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى القيمة
لان المثل اعدل ولو اسلم الطالب بعدما قضى له بمثلها فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في حقه
ليست بمتقومة فكان بمنزلة ما لو هلك ما كان من الخمر وكذا لو اسلما لان في اسلامهما اسلام
الطالب ولو اسلم المطلوب او اسلم المطلوب ثم اسلم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شيء
وهو رواية عن ابي حنيفة وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا لان الاسلام
الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم
على ما بيناه فكذا الطارئ ولابي يوسف ان قبض الخمر المستحق في الذمة قد تعذر استيفاؤها
بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها ايضا لانها لو وجبت لا تخلو اما ان تجب باعتبار
اصل السبب وذلك لا يمكن لان ذلك السبب اوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن
القيمة واجبة في ذلك الوقت او تجب باعتبار انها بدل عن الخمر الذي في الذمة ولا يمكن
ذلك ايضا لان من شرط البدلية تمليكها في الذمة والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم
كما ان المسلم لا يقدر ان يتملكها فلانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة
ولا ضمان باتلاف الميتة ولو لذمي لما ذكرنا ان احدا لا يعتقد تمولها ولا ضمان باتلاف
متروك التسمية عمدا ولو لمن يبيحه من المسلمين وهم الشافعية لان ولاية الالزام
عليهم بالمحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا بالنص وهو قوله تعالى ولا تأكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه ان متروك التسمية عمدا ليس بمال فلهذا لا يعتبر
اعتقادهم في ايجاب الضمان ولقائل ان يقول لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان
الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى
على ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون وكان
ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين كذا في العناية وان غصب
خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له كالنقل من الظل الى الشمس ومنها اليه اخذها المالك بلا شيء
اذ ليس فيه مال متقوم للغاصب فكان التخليل اظهارا للمالية والتقوم فصار كغسل الثوب
فلو اتلفها الغاصب ضمنها لاتلافه ملك الغير لا يضمن لو تلفت بلا صنع الغاصب
بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى الدليل لان دليله الاجماع والتنبيه على ذلك انه
ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا لضمان قيمته يوم الهلاك
لانه لا يجب الا بفعل مضمون بالتعدي والغصب عدمه وان خلل الغاصب الخمر
بالقاء الملح ونحوه ملكها اي ملكها الغاصب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة لان الخمر لم تكن متقومة
والملح مال متقوم فيترجح جانب الغاصب فيكون له بغير شيء وعندهما يأخذ المالك الخل ان شاء
ويرد قدر وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع
فيشتركا عندهما وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه بقيمته فهو على ما قيل في دبغ الجلد وسنذكره ان شاء الله
فلو اتلفها الغاصب يضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو مبني على مسئلة دباغ الجلد ان شاء الله تعالى

وان خللها بالقاء خل ملكها ولا شيء للمالك عند الامام سواء صار خلا من ساعتها
او بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان
وكذا عند محمد ان تخللت من ساعتها لانه استهلاك والا اي وان لم يتخلل من ساعته
بل صارت خلا بمرور الزمان فالخل بينهما على قدر ملكيهما كيلا لانه لم يستهلك
الخمر فيصير في التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد
وان كان مايعا لان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على
حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط
ليس باستهلاك وكذلك عند ابي ح لان الخلط انما يوجب زوال الملك فانما
يوجب الضمان وههنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف
ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب عليه الضمان اجماعا
ذكره في النهاية معزيا الى قاضيخان على الحلواني
وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس اخذه المالك بلا شيء
لما انه ليس في الجلد مال متقوم للغاصب فكانت الدباغة اظهارا للمالية والتقوم
فصار كغسل الثوب فلو اتلفه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا
على ملك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك
فيضمن بالاستهلاك مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي
حصله فلا يضمنه والاكثرون على الاول ووجهه ان صفة الدباغة تابعة للجلد
وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك عند دفع الجلد
اليه فاذا صار الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا تبعه يصير مضمونا عليه
وان دبغه بما له قيمة كالعفص ونحوه ياخذه المالك ويرد ما زاد الدبغ فيه
لان ههنا الدبغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فرجح جانب الغصب
والفرق بينه وبين التخليل بما له قيمة حيث يملك الغاصب الخل ولا شيء عند الامام
ان الجلد باق لكن ازال الغاصب عنه الرطوبات النجسة والخمر غير باق بل صار
حقيقة اخرى وان اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته ان كان قائما
ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان للثوب
قيمة وقيل عند ابي يوسف ومحمد له ذلك فيضمنه لان الغاصب صار عاجزا عن رده
بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمنه الغاصب عندهما فكذا هنا
ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك
وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ وعلى هذا الاختلاف اذا اراد المالك
ان يترك الخل الصائر من الخمر بالقاء الملح فيها على الغاصب ويضمنه كما وعدنا
بيانه في هذه المسئلة ثم بين طريق معرفة ما زاد الدبغ فيه بقوله
بان يقوم الجلد مدبوغا وذكيا غير مدبوغ ويرد المالك الى الغاصب
فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه اي الجلد حتى يستوفي حقه كحبس المبيع
بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل وان اتلفه الغاصب لا يضمن
عند ابي ح وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر ما زاد الدبغ لان ملكه باق فيه
ولهذا ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك الا قدر ما زاد
الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فان الغاصب فيه
يضمن قيمة الثوب مصبوغا الا قدر ما زاد الصبغ فيه ولابي حنيفة رحمه الله
ان ماليته وتقومه حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا
متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان
حقا للغاصب والجلد تبع له فيه في حق التقوم

ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه وههنا
الدليل من طرف الامام وطرف الامامين دليل لضمان اتلاف الخل الصائر من الخمر
بالقاء الملح وعدم ضمانه كما وعدنا بيانه فهذا الخلاف عليهما في تلك المسئلة ايضا
ولو تلف في هذه الصور بغير صنع الغاصب لا يضمن اتفاقا لما ذكرنا انه لا
بفعل موصوف بالتعدي ومن كسر لمسلم بربطا وهو كعود العود كذا في القاموس
او طبلا معروف او مزمارا بكسر الميم وسكون الزاء المعجمة آلة طرب يقال بالفارسية
ناي او دفا بضم الدال المهملة والفتح لغة فيه كذا في الصحاح او اراق له
اي لمسلم سكرا بفتحتي السين المهملة والكاف المخففة والراء المهملة هو ماء الرطب
اذا اشتد او منصفا بفتح الصاد المهملة المشددة ما ذهب نصفه بالطبخ ضمن قيمته
صالحا لغير اللهو ففي البربط يضمن الخشب الصالح للاستعمال في غير اللهو ونحوه البواقي
وفي السكر ونحوه يضمن قيمته صالحا لكونه خلا وغيره ويصح بيع هذه الاشياء
عند ابي ح وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر
ولانه فعله باذن الشرع لقوله صلى الله عليه وسلم بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير
ولقوله صلى الله عليه وسلم اذا راى احدكم منكرا فلينكر بيده وان لم يستطع
فبلسانه وان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد
ولهذا لو فعل بامر الحاكم لا يضمن فبامر الشرع اولى وعن شريح ان رجلين
اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده قال ابو يوسف لو كنت
عند خصومتهما او هو في ايديهما او في يد احدهما اكسره وعزرتهما وان كسر احدهما والاخر
يطلب الضمان جبرت الذي كسره جبرا واوجبت الاخر عقوبة وهذا لان هذه الاشياء
تتخذ للهو والمعصية واستماعها معصية قال النبي صلى الله عليه وسلم استماع صوت
الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر ولابي ح انه اتلف مالا
ينتفع به من وجه اخر سوى اللهو فلا يبطل تقومه لاجل اللهو كما في اتلاف الامة المغنية
وهذا لان الفساد مضاف الى فعل الفاعل المختار وجواز البيع ووجوب الضمان
مبني على المالية وقد وجدت والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم عليه
وليس لغيرهم الا اللسان لانه يحصل بدون الاتلاف بالمنع بالاخذ ثم انه يجب قيمة السكر
والمنصف لا المثل ولو كان من المثليات لان المسلم ممنوع عن تملك عينها وان جاز فعله
ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو واما الدف والطبل اللذين
يضربان في العرس او الغزو فيضمن بالاتلاف وعليه اي على الامامين الفتوى
لكثرة الفساد فيما بين الناس ومن غصب مدبرة فماتت في يده اي في يد الغاصب
ضمن الغاصب قيمتها اتفاقا لتقوم المدبرة بالاتفاق ولو غصب ام ولد فماتت في يده
فلا ضمان عليه عند ابي ح خلافا لهما لان مالية ام الولد غير متقومة عنده
وعندهما متقومة والدلائل من الجانبين مرت في كتاب العتق ولو شق الزق
بكسر الزاء المعجمة السقاء لاراقة الخمر التي فيه لا يضمن عند ابي يوسف خلافا لمحمد
لانه يمكن الاراقة بدون الشق فلا ضرورة اليه ولابي يوسف انه قد لا يتيسر الاراقة
الا به وذكر في النهاية ان الدنان لا تضمن بالكسر اذا كان باذن الامام
والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس
قال صاحب النهاية وذكر الصدر الشهيد في باب العدو والاعتداء من ادب القاضي
رواية عن اصحابنا انه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد
حتى قالوا ايضا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصير ايضا
قبل ان يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روي
عن عمر رضي الله عنه انه احرق البيت على الثقفي حين سمع شرابا في بيته

حكاية

وقد هجم ايضاً على نايحة في منزلها فضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له
يا امير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انه لا حرمة لها وتكلموا في قوله لا حرمة لها
قيل معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد اسقطت ما صنعت حرمتها في
بالاماء وروى ان الفقيه ابا بكر البلخي خرج على بعض انهر وكان النساء على شط كاشفات
الرؤوس والذراع فقيل له كيف فعلت هذا فقال فعلت لانه لا حرمة لهن انما الشك
في ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك استدلالاً بما قال عمر رضي الله عنه
وفي بستان الفقيه ابي الليث ان الامر بالمعروف على وجوه ان كان يعلم باكبر رأيه انه لو
يقبلون ذلك منه ويمتنعون عن المنكر فالامر واجب عليه لا يسعه الترك
ولو علم باكبر رأيه انه لو امرهم قذفوه وشتموه فتركه افضل وكذلك لو علم انهم
وهو لا يصبر ويقع في الفتن فتركه افضل ايضاً ولو علم انه يصبر على الضرب
فلا بأس وهو مجاهد بذلك ولو علم انهم لا يقبلون منه ولكن لا يخاف منهم ضرباً
ولا شتماً فهو بالخيار والامر بالمعروف افضل وذكر الامام المحبوبي مطلقاً فقال
ثم المعروف واجب او فرض اذا غلب على ظن الامر انه لو امر بالمعروف يترك الفسق
وان غلب على ظنه انه لا يترك لا يكون آثماً في تركه ه

ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او حل رباط دابة او فتح باب اصطبلها او
او فتح قفص طير فذهب العبد او الدابة او الطير عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه
تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار وهو ذهاب العبد والدابة وطيران الطير
واختيارهم صحيح وتركه منهم متصور والاختيار لا ينعدم بانعدام العقل
الا ترى ان المجنون يضمن ما اتلفه وان كان معدوم العقل وانما يضاف التلف الى
دون السبب كالحافر خلافاً لمحمد في الدابة والطير لانه فرق بين ذي العقل
وغيره ولا ضمان على من سعى الى السلطان بمن يؤذيه والحال انه لا يندفع
عنه الا بالسعي لانه دفع عن نفسه بقدر الامكان واجب ولا يمكن الدفع
الا بالسعاية الى السلطان فيكون مضطراً اليها فلا يكون ضامناً لما اخذه
السلطان وان كان دفع الايذاء ممكناً بلا سعاية الى السلطان فسعى اليه يضمن ما
اخذه السلطان او سعى بمن يفسق الى السلطان والحال انه
لا يمتنع عن فسقه بنهيه اي بنهي الساعي لانه اذا لم يمتنع بنهيه يكون
سعايته من قبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ه

ولا ضمان على من قال للسلطان قد يغرم وقد لا يغرم اي قد يأخذ بانشاء
هذه السعاية من الرعايا مالاً وقد لا يأخذ ان فلاناً وجد مالاً فغرمه
شيئاً لشك في السبب وتخلل فعل فاعل مختار وان كان عادته ان يغرم البتة
ضمن لوجود السبب يقيناً وكذا لو سعى الى السلطان بغير حق
اي بغير طريق شرعية منه عند محمد يضمن زجراً له عن السعاية
وبه اي بقول محمد يفتى لكثرة السعاية في زماننا

ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ عندنا وان لم يعلمه اي وان لم يعلم الغاصب
المالك انه طعامه وفي قول الشافعي لا يبرأ لان هذا ليس برد
بل غرور لان المالك لو علم لما اكله اذ المرء يرغب في اكل مال الغير ما
لا يرغب في مال نفسه ولنا انه اي عين ماله وصل اليه فلا يضمنه ثانياً
والغرور انما وقع من جهله بانه طعامه فلا يعتبر وكذا الخلاف
فيما اذا البس الثوب المغصوب مالكه ه

لطيفة

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها
لكونها مشروعة دونه لكن توقف الحاجة الى معرفة الغصب للاحتراز عنه مع كثرة اسبابه
من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات وغيرها ووجوه الظلم
واللصوص المتغلبة جهاراً خصوصاً في هذا الزمان فان الغالب منهم الغصب والعدوان اوجب تقديمه
ثم محاسن شرعية الشفعة ظاهرة وهي ان الاصل في شرعيتها دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار
والضرار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر الذي يتسبب الجار
على الدوام من حيث ايقاد النار واعلاء الجدار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار
وقد جاء في تفسير قوله تعالى لاعذبنه عذاباً شديداً لاعذبنه بصحبة الاضداد وعن بعضهم
اضيق السجون معاشرة الاضداد فلما كان كذلك كان دفع العدوان بشرعية
الشفعة من المحاسن التي ليس وراءها غاية من الخسران وسوء الانسان في امور الدنيا
والآخرة ليس الا لدفع العقاب والوصول الى جزيل الثواب فنحتاج ههنا الى
بيان الشفعة لغة وشرعاً وسببها وشرطها وركنها وصفتها وحكمها
اما اللغة فهي مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر وهو الضم لما فيه من ضم
شيء الى شيء ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها
الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعاً اذا كان فرداً فصار له ثان والشفيع
فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة واما معناها شرعاً هي تملك
العقار بالقيمة على مشتريه بما قام عليه من الثمن جبراً تمييز من تملك ومعناه
اللغوي موجود فيه وهو الضم وزيد عليه اوصاف من التملك للعقار على وجه الجبر
واما سببها فعامة المشايخ يقولون سبب وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع
بملك المبيع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء
المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع
ولهذا قلنا كما يثبت حق الشفعة للشريك في رقبة المبيع يثبت للشريك
في حق من حقوقه نحو الطريق والشرب ويثبت للشريك في جدار حده وهو الجار
فان اتصال ملك الجارين شركة في الحد وكان الخصاف يقول الشفعة تجب
بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب واما
شرطها المخصوص بها فهو ان يكون المحل عقاراً سفلاً كان او علواً يحتمل القسمة
كالدار والبيت او لا يحتمل كالحمام والبئر والطاحون والحال شرط وكذا صفاته
فان الشفعة لا تثبت في المنقولات مقصودة وانما تجب تبعاً للعقار ومن شرطها
ايضاً ان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال واما ركنها فهو اخذ الشفيع
ما اشتراه المشتري اما من البائع او من المشتري عند وجود شرطها وسببها
واما صفتها فهو ان الاخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأ فكل ما يثبت للمشتري من
الرد بخيار العيب والرد بالعيب يثبت للشفيع وما لا يثبت للمشتري من غير شرط
لا يثبت للشفيع الا بالشرط ايضاً واما حكمها فجواز طلب الشفعة عند تحقق سببها
الذي ذكرناه وهو الشركة في ملك العقار وتأكدها بالطلب وثبوت الملك بالقضاء
او بالرضاء وهي عندنا حق يجب والمراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الشرعي
بعد البيع وتستقر بالاشهاد لان حق الشفيع ضعيف يبطل قبل الاشهاد
يبطل بالتراخي وبالاعراض فاذا اشهد ابتداء على طلبها تستقر
ويتبين اخذ المقصود بحكم القاضي ولا تبطل بعد ذلك بالتأخير

وتملك بالاخذ بقضاء او رضاء. يقول الفقير لا يخفى ما في هذا الكلام من التشويش والاختلال لان صاحب الوقاية وصاحب الكنز قالا وتملك بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي وصرح شارحهما بان قوله او بقضاء عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه وثبوته بالتراضي مقيد بالاخذ وتسليم المشتري الى الشفيع برضاه ولما كان عبارتهما موهمة لعطف قولهما بقضاء القاضي على قوله بالتراضي بل ظاهرة فيه غير صاحب الدرر عبارتهما الى ما هي احسن منهما وهو قوله وتملك بالقضاء او الاخذ بالرضاء. ولقد احسن لله دره والمص غير عبارتهما الى عبارة لا تقبل الاصلاح كما ترى اللهم الا ان يعتبر الاخذ اعم من ان يكون حقيقة او حكما ففي قضاء القاضي يكون كالاخذ وهو توجيه لكنه بعيد وحاصل المقام ان تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري الى الشفيع برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ لان ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الى الشفيع الا بالاخذ برضاه او بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فينتقل الشفيع على الاخذ في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية الناقض عليه فكان اولى بذلك ونظيرها الهبة فان تمام الملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه الا باحد الامرين المذكورين فاذا كانت المشفوعة تملك باحد الامرين فقبل وجود احدهما لا يثبت فيها شيء من احكام الملك حتى لا تورث عنه اذا مات في هذه الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم الملك وانما تجب اي انما تثبت الشفعة للخليط في نفس المبيع فان لم يكن اي وان لم يوجد الخليط في نفس المبيع او وجد ولكن سلم الشفعة فللخليط في حق المبيع كالشرب والطريق الخاصين كنهر لا تجري فيه السفن مثال للشرب الخاص واما اذا كان كبيرا بحيث تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع ارض من الاراضي التي تسقى منها لا يستحق اهل النهر الشفعة بسببه فالجار احق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل ان كان اهله يحصون فهو صغير وان كانوا لا يحصون فهو كبير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى ففوضه بعضهم (?) قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بان يعين وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام والقراح الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا يكون سبخا وقد يجمع على اقرحة كمكان وامكنة وزمان وازمنة كذا في المغرب وقيل هو مفوض الى راي المجتهدين في كل عصر ان راوهم كثيرا كانوا كثيرا وان راوهم قليلا كانوا قليلا وهو اشبه الاقاويل وطريق لا ينفذ مثال للطريق الخاص وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة اخرى غير نافذة وهي اي الشعبة مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة دون اهل العليا وان بيعت دار في العليا فلاهل السكتين لان لاهل السفلى حق المرور فيها وتفصيل صورة ذلك في مسائل شتى من كتاب القضاء ولو كان نهر صغير اخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق يعني لو بيعت ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الصغير كما ذكرنا في الطريق ثم للجار الملاصق والحاصل ان حق الشفعة ثابت لكل احد من هؤلاء على هذا الترتيب اما الثبوت فلقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم رواه مسلم والنسائي وابو داود وجه معنا انه يثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة يثبت الشفعة للشريك الاخر واما اذا باع بعد القسمة لم يبق للشريك الاخر حق الشفعة من حيث الشركة في المبيع ولقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا. رواه ابو داود واحمد والدارقطني وابن ماجه والمراد بالجار الشريك في حق الدار بدليل قوله اذا كان طريقهما واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا. يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق ثبت بسببه

وقوله عم

وقوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته رواه احمد والنسائي وابن ماجه والسقب القرب والصاد لغة فيه وهما مصدر سقبت وصقبت والصاقب القريب ومنه حديث علي رضي الله عنه حمله على اصقب القريتين ومعنى حديث الجار احق بسقبه ان الجار احق بالشفعة اذا كان جارا ملاصقا والباء صلة احق لا للتسبيب واريد بالسقب الساقب على معنى ذي السقب او تسمية بالمصدر او وصف به ومنه قولهم دار سقبة اي قريبة ويروى في حديث عمرو بن الشريد انه صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك قيل ما سقبه قال شفعته وهذا يشهد بصحة ما ذكرت كل ذلك من المغرب وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار من غيره رواه احمد وابو داود والترمذي وصححه فالحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والحديث الثاني للشريك في حق المبيع والثالث والرابع للجار وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكر لقوله صلى الله عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع وهو الجار ولانها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته فكل ما كان اكثر اتصالا كان اخص بالضرر واشد تضررا فكان احق بالقوة الموجب لها فليس للاضعف ان يأخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك فحينئذ ياخذها الاضعف اذا اشهد بانه يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن ابي يوسف انه لا يأخذ الاضعف وان ترك الاقوى لانه محجوب قلنا تحقق السبب في حقه ما تقدم غير لقوته فاذا ترك كان له ان يأخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقول جابر انه صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه الترمذي وصححه وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وقال صلى الله عليه وسلم اذا قسمت وحددت فلا شفعة رواه ابو داود وابن ماجه ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله صلى الله عليه وسلم الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه انه صلى الله عليه وسلم قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بلا رضا فكان الواجب ان لا يثبت حق الشفعة اصلا لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به قياسا لا اصلا ولا دلالة اذ لم يكن في معناه من كل وجه والجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرورة دفع مؤنة القسمة ويفهم من جملة كلامه ان نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفي ما لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام ولنا ما روي من الاحاديث ولو كان بابه في سكة اخرى يقول الفقير هكذا في النسخ التي رأينا بالواو ولكن اللفظ لو كان بابه بغير واو في سكة اخرى فان بابه ان كان في تلك السكة كان خليطا في حق المبيع فلا يكون جارا ملاصقا انتهى تامل حتى يظهر حقيقة الحال وما في الاتيان بالواو من الاختلال اللهم الا ان يتكلف ويقال الواو للابتداء وما بعده عطف عليه وقوله جانبه الجنيب لكنه بعيد لان الظاهر ان يقال يكون جارا ويوهم ان بابه اذا كان في تلك السكة يكون جارا ايضا وليس كذلك لما ذكره صاحب الدرر والحق ان الواو وقعت سهوا من قلم الناسخ وما بعده كلام مستقل تدبر ثم قال صاحب الدرر صورتها منزل مشترك بين اثنين في دار في سكة غير نافذة فاذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء في الدار احق من الشركاء في السكة لانهم اقرب بالشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق للشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وبابه في (?)

ومن مبتدأ له جذع على حائطها اي حائط الدار او من له شركة في خشبة عليه
اي على الحائط جار خبر المبتدأ فان الجار لا يكون خليطا في حق المبيع بهذا المقدار
ولا يمنع عن كونه جارا ملاصقا لان الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في
المنقول والخشبة منقولة وبوضع الجذع على الحائط لا يصير شريكا في الدار
وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكا لكنه جار ملاصق
وان كان شريكا في نفس الجدار فشريك يتقدم على الخليط في حق المبيع على الجار
قال الفاضل الزيلعي واذا كان بعض الجيران شريكا في الدار لا يتقدم على
من الجيران لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة
يقول الفقير فيلزم التأمل في التوفيق بينه وبين ما ذكر في المتن تأمل
وهي اي الشفعة على عدد الرؤوس لا السهام يعني اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة
بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر سهام الاملاك وقال الشافعي على مقدار الانصباء
لان الشفعة من مرافق الملك الاترى انها لتكميل المنفعة فاشبه الغلة والربح
والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق بوجود استحقاق الكل
في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد اخذ الكل والاستواء في العلة يوجب
الاستواء في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوتها فيها الاترى ان احد الخصمين
اذا اقام شاهدين والآخر اربعة فهما سواء وكذا صاحب الجراحات مع صاحب
جراحة واحدة وما استشهد به من الغلة والربح وغيرهما متولد من الملك
فيستحق بقدر الملك وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمرته
بل العلة اصل الملك والحكم لا يزاد بزيادة العلة ولو اسقط بعضهم حقه
قبل القضاء لهم كان لمن بقي ان يأخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل
وقد وجد وتقرر في حق كل واحد منهم والتشقيص للمزاحمة وقد زال التشقيص هنا
ونظيره الرهن فانه محبوس لكل الدين ولكل جزء من اجزائه ولهذا لو اوفى البعض
عند رجلين فقضى لاحدهما دين احدهما ليس له ان يأخذ شيئا من الرهن بخلاف ما
اذا اسقط حقه بعد القضاء لا يكون له ان يأخذ نصيب التارك لانه بالقضاء
قطع حق كل واحد منهم ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين
لان الغائب يحتمل ان لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريك غائبا
فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر وطلب الشفعة قضي له
لتحقق طلبه غير ان الغائب اذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل ان اسقط
الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء وهو نظير ما لو قضي للشريك
ثم ترك ليس للجار ان يأخذه لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه وبطل الا انه
قضى عليه بذلك لتقدمه عليه ولو اراد الشفيع ان يأخذ البعض ويترك البعض
فليس له ذلك الا برضاء المشتري لانه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعاء
نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه باعراضه ويقسم بين الباقي على عدد رؤوسهم كذا في الزيلعي
فاذا علم الشفيع بالبيع يشهد من الافعال في مجلس علمه على انه يطلبها ويسمى طلب مواثبة
يسمى بطلب المواثبة تبركا بلفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم
الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة ومعنى المواثبة
مناسب للمقام لانه من الوثوب كانه يثب ويطلب الشفعة والشرط ان يطلب
كما علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لان سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث
فيبطل شفعته فلو وصل اليه كتاب والشفعة في اوله او وسطه فقرأ الكتاب الى آخره ولم يطلب على
الفور عند قراءة خبر الشفعة فيه بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لان السكوت
انما يكون دليل الرضى بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا اذا كان بعد العلم بالزوج

وقال ابن ابي ليلى

وقال ابن ابي ليلى ان طلب الى ثلاثة ايام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم حين سمع وابن ابي ليلى كان يقول
يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل حتى يعلم انه لا يتضرر بجوار هذا الجار فلا يطلب الشفعة او يتضرر
فيطلب الشفعة ومثل هذا لا يوقف عليه الا بالتأمل في مدة فيجعل من المدة ثلاثة ايام بمنزلة
خيار الشرط ولهذا قدر سفيان المدة بيوم لان يوما واحدا يكفي للتأمل هنا ثم يشهد
عند العقار لان الحق يتعلق به او على المشتري وان لم يكن ذا يد لانه مالك او على البائع ان كان المبيع
ولم يسلم الى المشتري فانه اذا سلم اليه لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد ولا ملك
فيقول اشترى فلان هذه الدار يقول الفقير هذا يمكن في الاشهاد عند العقار واما في الاشهاد
على البائع او المشتري لا عند العقار فلا يمكن بل يلزم ان يقال اشترى فلان دارا كذا تأمل
وقد كنت طلبت الشفعة قبل طلب مواثبة وانا اطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى هذا الطلب
طلب تقرير واشهاد لان طلب المواثبة على العقد ولا يمكن الاشهاد عليه فيحتاج بعد ذلك الى
الاشهاد للتقرير حتى لو امكنه ذلك واشهد عند طلب المواثبة بان بلغه البيع بحضرة الشهود
والمشتري او البائع حاضر او كان عند العقار يكفيه طلب المواثبة ويقوم ذلك مقام الطلبين
لكن مجرد طلب المواثبة بلا حضور احد مما ذكر لا يقوم مقام الطلبين فاذا وجد طلب التقرير
استقرت الشفعة وهذا الطلب واجب حتى اذا تمكن من الاشهاد عند الدار او على البائع
ولم يشهد بطلت شفعته وان كان في مكان بعيد فسمع وطلب طلب مواثبة وعجز عن
الاشهاد عند الدار او على ذي اليد يوكل وكيلا ان وجد والا يرسل رسولا او كتابا
فان لم يجد فهو على شفعته فاذا حضر طلب ان وجد ولم يفعل بطلت شفعته كذا في الدرر نقلا
ثم يطلب عند قاض فيقول اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا فمره
ايها القاضي بالتسليم الي ويسمى هذا الطلب طلب خصومة وتمليك ولا تبطل الشفعة
بتأخيره اي بتأخير هذا الطلب مطلقا بعد ما استقرت شفعته بطلب التقرير عند ابي حنيفة
وابي يوسف في ظاهر المذهب وعليه الفتوى وقيل يفتى بقول محمد انه اي الشفيع
ان اخره اي طلب الخصومة شهرا بلا عذر بطلت الشفعة لانه لو لم يسقط بتأخيره
مطلقا يلحق للمشتري ضرر من جهته لانه يمتنع من التصرف خشية ان ينقض تصرفه
وهو مدفوع قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ثم قدر محمد تلك
المدة بثلاثة ايام في رواية لانها هي التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع وفي رواية
قدرها بشهر وهو قول زفر ورواية عن ابي يوسف لانه آجل وما دونه عاجل وعن ابي يوسف
في غير انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته لانه دليل الاعراض
والتسليم كما في تأخير الطلبين الاولين وجه الظاهر ان حقه قد تقرر بالاشهاد فلا يبطل بالتأخير كسائر
وما ذكر من الضرر يمكنه ازالته بان يرفع الامر الى الحاكم فيأمره بالاخذ او بالترك على انه يشكل
بما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقط بالتأخير ولو كان الضرر مراعى لسقطت اذ لا فرق
في لزوم الضرر في حقه بين ان يكون حاضرا او غائبا ولو كان التأخير بعذر من مرض او حبس او عدم قاض
يرى الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة
يقول الفقير يمكن ان يعد الغيبة من العذر فلا يشكل بما اذا كان الشفيع غائبا تدبر قال شيخ الاسلام
والفتوى اليوم على انه اذا اخر شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس ولنا ما قيل يعني يفتى
وان ادعى الشفيع الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه عن مالكية الشفيع لما يشفع
يعني هل هو يملك الشفيع اولا فان اقر بملك ما يشفع به او انكر فحلف فنكل عن الحلف
على العلم بملكيته بان يحلف بالله ما تعلم انه مالك الدار التي يشفع بها فنكل عن الحلف
او انكر وبرهن الشفيع على انه مالك لما يشفع به سأل القاضي المدعى عليه عن الشراء
فيقول له هل اشتريت ام لا فان اقر المدعى عليه بانه اشتراه او انكر فحلف
فنكل عن اليمين انه ما ابتاع او ما يستحق الشفيع عليه هذه الشفعة يعني ان ثبوت الشفعة
ان كان متفقا عليه يحلف على الحاصل بالله ما يستحق هذا الشفيع الشفعة عليه وان كان مختلفا

هذه الكلمة بالله ما اشتريت في كشفعة الجار حلف على السبب لانه ربما يحلف على الحاصل بمذهب الشافعي اذ لا شفعة للجار عنده فيحمل ان يتبع او برهن الشفيع على شرائه قضى له اي للشفيع بها اي الشفعة

ولا يشترط احضار الثمن وقت الدعوى بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي
فاذا قضى له اي للشفيع بالشفعة لزم احضاره اي الثمن وهو ظاهر رواية الاصل وعن محمد
ان القاضي لا يقضي له بها حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازا عن توي الثمن
ووجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء بها غير واجب عليه ولا يطالب باداءه والاحضار
للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا ينبغي الاحضار قبل القضاء
وللمشتري حبس الدار لقبضه اي لقبض الثمن يعني اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن
فللمشتري ان يحبس الدار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانه نزل منزلة البايع والمشتري
ولا تبطل شفعته بتأخير اداء الثمن بعد ما امر القاضي باداءه اجماعا لتأكد الشفعة بالقضاء
بخلاف ما اذا اخر قبل القضاء بعد الاشهاد عن محمد حيث يبطل شفعته لعدم التأكد
وللشفيع ان يخاصم البايع ان كان المبيع في يده اي في يد البايع لان له يدا محقة اصالة
فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست بيدا محقة اصالة فلا يكون
كل واحد منهم خصما ولا يسمع القاضي البينة عليه اي على البايع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع
بحضرته اي بحضرة المشتري لان الشفيع مقصوده ان يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له
فيشترط حضور البايع والمشتري للقضاء عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر ملكا فلا بد
من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز ولان اخذه من يد البايع يوجب فوات
البيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض
ولا يجوز ان يفسخ عليهما الا بمحضر منهما لانه قضاء عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب
بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البايع لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار
البايع اجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا ان يجعل فسخا في حق الاضافة الى المشتري
لان البيع قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فعملنا بانه انفسخ بالاضافة
الى المشتري وبقي اصل العقد لان انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهي انما تجب بعقده البيع
فيجعل العقد مضافا الى الشفيع قائما مقام المشتري كان البايع باعه له وخاطبه بالايجاب
فجعل العقد متحولا الى الشفيع ولم ينفسخ اصله وانما انفسخ اضافته الى المشتري
ونظيره في المحسوس سهم من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فاصابه فانه لم ينفسخ نفسه
لكن التوجه الى الاول قد انتقض بتخلل الثاني وتوجهه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة
الى الشفيع كان العقد من الابتداء وقع معه ويقضي بالشفعة على البايع لانه ذو اليد
ويجعل عليه اي على البايع العهدة اي يجعل ما يترتب على البيع من الاحكام على البايع
يعني يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق يكون عهدة الثمن عليه فيطلب منه
بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع من يده حيث لا يعتبر حضوره ولا يكون العهدة عليه
لانه صار اجنبيا على ما ذكرنا والوكيل بالشراء خصم للشفيع لانه العاقد والاخذ
بالشفعة من حقوق العقد ولهذا لو كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه
ويأخذها منه بحضرة المشتري ما لم يسلم الى الموكل واذا سلمها اليه لا يد للوكيل ولا ملك
فلا يكون خصما له بعده فصار كالبايع فانه يصير خصما ما لم يسلمها الى المشتري
فاذا سلمها لم يبق له يد ولا ملك فخرج من ان يكون خصما وهذا مثل غيره لا يشترط
للقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه لانه اقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره
كحضور الموكل ولا كذلك البايع لانه ليس بنائب عن المشتري فلا بد من حضور المشتري للقضاء عليه
بخروجه عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل وللشفيع خيار الرؤية وخيار العيب
وان شرط المشتري البراءة منه لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان الاخذ
بعد القبض وان كان قبله فشراء من البايع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران فيه
كما اذا اشتراه منها باختياره ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة
منه لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه

فصل

فصل

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان
مسائل الاختلاف بينهما فيه فقال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال
المشتري الف وماية وقال الشفيع الف فالقول للمشتري لان الشفيع يدعي عليه استحقاق
الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر ذلك فالقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان التحالف
عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع
فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد به النص فامتنع القياس وان برهنا فللشفيع
يعني ان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف وهو
قول الشافعي للمشتري يعني البينة بينة المشتري لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى
كما اذا اختلف المشتري والبايع او الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن واقاما
البينة فان بينة البايع والوكيل اولى لما فيها من اثبات الزيادة ولهما ان بينة الشفيع
اكثر اثباتا لانها ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع فان بينة الشفيع
اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء او ابى واذا قبلت بينة المشتري
لا يجب على الشفيع شيء بل يتخير بين الاخذ والترك وان ادعى المشتري ثمنا والبايع اقل منه
اخذ الشفيع بما قال البايع قبل قبض الثمن وبما قال المشتري بعده يعني ان ادعى المشتري ثمنا
وادعى بايعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع لان الامر ان كان كما قال
فالشفيع يأخذ به وان كان كما قال المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الاقل
وحط البعض يظهر في حق الشفيع فيأخذ به وان كان البايع قبض الثمن اخذها
الشفيع بما قال المشتري لان البايع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب
فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري وقد ثبت ان القول فيه للمشتري وان عكسا
اي ادعى البايع ثمنا والمشتري اقل منه فبعد القبض يعتبر قول المشتري يعني لو كان
البايع قبض الثمن في هذه الصورة اخذها الشفيع بما قال المشتري لما بينا
ان البايع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب لانه انتهى حكم العقد به
فلا يلتفت الى قوله فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري على حاله وقد بينا
ان القول فيه قول المشتري وقبله اي قبل القبض يتحالفان ويترادان البيع
واي من البايع والمشتري نكل عن اليمين اعتبر قول صاحبه يعني ان نكل
البايع عن اليمين يأخذها الشفيع بما قال المشتري وان نكل المشتري عن
اليمين يأخذها بما قال البايع لان النكول بمنزلة الاقرار لما يدعيه صاحبه
وان حلفا فسخ البيع ويأخذها الشفيع بما قال البايع لان فسخ
البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان
القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم كذا في الغاية والنهاية والزيلعي
يقول الفقير دليلهم لا يدل الا على اخذ الشفيع وعدم بطلان حقه مطلقا
ولا يدل على اخذه بما قال البايع ولم يذكروا دليلا صريحا دالا عليه هنا
كانهم احالوه على الفطنة وهو ان البيع على ما بينا انفا اذا فسخ انما فسخ
بالاضافة الى المشتري وبقي اصل العقد لان انفساخه مطلقا يوجب سقوط
الشفعة وهي انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافا الى الشفيع كان البايع
باعه له وخاطبه بالايجاب فلهذا يأخذ بما قاله ولا يلتفت الى قول من فسخ [illegible]
ثم يقول الفقير ثم انهم لم يبينوا في المسئلتين حكم ما اذا برهنا ولا يتعرض ببيانه وتتبعت
الكتب التي عندنا وهي تربو على عشرين كتابا فما وجدت شيئا متعلقا به صريحا
ولا اشارة وان حط البايع عن المشتري بعض الثمن يأخذ الشفيع
بالباقي من الثمن لان الحط يلتحق باصل العقد فكان الثمن الاول ما بقي

وان حط البايع عن المشتري الكل اي كل الثمن ياخذ الشفيع بالكل اي بكل الثمن
ولا يظهر حط الكل في حق الشفيع لانه لا يلتحق باصل العقد لانه لو التحق به فاما
ان يصير هبة او بيعا بغير ثمن فيكون البيع فاسدا ولا شفعة في الهبة ولا في البيع الفاسد
فاذا لم يظهر حط الكل في حق الشفيع ياخذ الشفيع بالكل وقال
الفاضل الدهلوي في شرح الهداية وفيه نظر لان الشفعة انما لا تثبت في البيع
الفاسد اذا فسد ابتداء واما اذا فسد بعد انعقاده صحيحا فحق الشفيع
على حاله الا يرى ان النصراني اذا اشترى من النصراني دارا بخمر فلم يتقابضا
حتى اسلما او اسلم احدهما يكون البيع فاسدا وللشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة
لانه انما فسد بعد وقوعه صحيحا انتهى وان حط البايع عن المشتري النصف
اي نصف الثمن ثم حط النصف ياخذ الشفيع بالنصف الاخير لانه لما حط
النصف الاول التحق باصل العقد فوجب عليه نصف الثمن وتساقط النصف
كانه حط الجميع فلا يسقط الا يرى انه لو حط الجميع ابتداء لا يسقط عن الشفيع
لما بينا انه لا يلتحق باصل العقد وان زاد المشتري في الثمن لا يلزم الشفيع الزيادة
لانه استحق اخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق
الثابت له فلا يملك تغييره ايضا وذلك لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع
لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له واذا كان
الثمن مثليا لزم الشفيع مثله وان كان قيميا فقيمته لان الشفيع
يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به ثم لا يخلو اما ان يكون مثلا له صورة ومعنى
كالمكيل والموزون والعددي المتقارب او معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك
وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه
فيراعى المثل بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ومعنى تملكه به والا تملكه بالمثل
من حيث المالية وهو القيمة وان كان الثمن مؤجلا فللشفيع الخيار ان شاء اخذ
بثمن حال او يطلب شفعته في الحال وياخذ الدار بعد مضي الاجل وليس له ان ياخذها
في الحال بثمن مؤجل قال زفر له ذلك وهو مذهب الشافعي ومالك لان للشفيع هو
الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته والاجل صفة للدين الا يرى انه يقال
دين مؤجل ودين حال ولنا ان الاجل ثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه
في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب
ورضاه به في حق المشتري لا يدل على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه
ولا نسلم انه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب
ولو كان وصفا له لاستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة
او تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم ان اخذها
من البايع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع ورجع
البايع على الشفيع بثمن حال وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري
بثمن مؤجل ومن هنا قال ولا يتعجل ما على المشتري لو اخذ الشفيع بالحال لان
الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل باخذ الشفيع بثمن حال ولو سكت عن الطلب
ليحل الاجل بطلت شفعته عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف وكان يقول بما قالا
اولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتاخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود
لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال
فلا يكون سكوته دليل الاعراض ولهما ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان
له ان ياخذه بثمن حال ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت
عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته ه

ولو اشترى

ولو اشترى ذمي بخمر او خنزير ياخذه الشفيع بمثل الخمر وقيمة الخنزير
يعني لو اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر او خنزير فان كان شفيعه ذميا اخذ بمثل
الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع يقتضي بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه
احكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة ذميا كان الشفيع او مسلما
غير ان الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر لان الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة
فياخذ في الخمر بالمثل لانها من ذوات الامثال وفي الخنزير بالقيمة لانه من
ذوات القيم و ياخذه الشفيع المسلم بالقيمة فيهما اما الخنزير فظاهر
واما الخمر فلامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي
وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر
والذمي نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم الذمي
اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه
لان الاسلام سبب لتاكد حقه لا لابطاله فصار كما اذا اشترى
دارا بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب
فكذا هنا كذا في الهداية يقول الفقير بقي صورة وهي انه لو اشترى ذمي
بخنزير وكان شفيعها مسلما وذميا لم يبينوا حكمها تتبع
ثم ان طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى ذمي اسلم او فاسق تاب
كذا في الزيلعي ولو بنى المشتري او غرس في الارض المشفوعة
ثم قضي للشفيع بالشفعة اخذها الشفيع بالثمن وبقيمتهما اي
بقيمة البناء والغرس مقلوعين كما في الغصب او كلف المشتري
قلعهما فياخذ الارض فارغة وعن ابي يوسف انه لا يكلف بالقلع
ولكنه بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان
شاء ترك وبه قال الشافعي ومالك لانه ليس بمتعد في البناء والغرس
لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان فصار كالموهوب له
والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرعها المشتري فان كل واحد
منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري في الارض المشفوعة
ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة
البناء والغرس اهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له
بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل
للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الاول اهون فكان اولى بالتحمل
وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير تسليط
من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا
ذلك لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا ينقض جميع تصرفات
المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له
على قول البعض والمشتري شراء فاسدا لانه بتسليط منه ولا تسليط
من الشفيع هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبايع ضعيف ولهذا
لا ينقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع اقوى فيبقى بعده
ولو استحقت بعدما بنى الشفيع او غرس رجع على المشتري بالثمن فقط
يعني ان الشفيع لو اخذ الارض بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت وكلف
المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن فقط لانه
تبين ان المشتري اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيرد منه الثمن فقط

ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان اخذها منه ولا على المشتري
ان كان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع بها لانه متملك على من اخذ منه
فنزل منزلة البائع والمشتري ووجه الظاهر هو ان الرجوع بينه وبين المشتري
ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط
للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع اخذها منه جبرا ونظيره الجارية
اذا اخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها او بالثمن فاستولدها
ثم استحقت ثم يبيعه وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع اليه من القيمة
او الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا
حيث يرجع بها على البائع لانه مغرور من جهته وان جف الشجر
او انهدم البناء عند المشتري يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء
يعني لو اشترى ارضا فيها بناء او غرس فجف الشجر او انهدم البناء من غير
احد يأخذها الشفيع بكل الثمن ان شاء وان شاء ترك ولا يسقط
شيء من الثمن بمقابلة الشجر والبناء لانهما تابعان للارض حتى دخلا
في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن الا ان يكون مقصودا
بالاتلاف يعني الا ان يتعلق بالاتلاف قصد واختيار فيقابلهما
شيء من الثمن كما سيأتي عن قريب هذا اذا انهدم البناء ولم يبق
له نقض ولم يبق ولا من الشجر شيء من حطب وخشب واما اذا بقي
شيء من ذلك واخذه المشتري لانفصالهما من الارض حيث لم يكن تبعا للارض
فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي محبوسا عند المشتري
فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض
يوم الاخذ بالشفعة وان هدم المشتري البناء اخذ الشفيع العرصة
بحصتها او تركها لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف
الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على
قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسئلة الاولى وهو ما
اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ
بالشفعة وقيمة الدار يوم العقد كذا في الزيلعي
وليس له اي للشفيع اخذ النقض وهو للمشتري لان الشفيع انما كان يأخذ
بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال ولا شفعة في المنقول
والنقض بكسر النون المنقوض وان شرى المشتري الارض مع شجر مثمر او غير مثمر فاثمر
في يده اخذها الشفيع مع الثمر فيهما اي في شرائه مع شجر مثمر وفي شرائه مع شجر غير
المثمر اما في الاول فلانه باعتبار الاتصال كان تبعا للعقار كالبناء
في الدار واما في الثاني فلانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كما اذا اشترى
حاملا فولدت عنده كان ملكه تبعا فان جزه اي الثمر يعني قطعه واجتناه فجز
بالجيم والزاء المعجمة وفي بعض النسخ جذ بالجيم والذال المعجمة والاول اصح
لان الجز مختص بقطع الثمر والثاني لمطلق القطع كذا فهم من الصحاح
المشتري فليس للشفيع اخذه اي اخذ الثمر لانقطاع تبعيته للعقار وقت الاخذ
بالانفصال ويأخذ ما سواه اي ما سوى الثمر بالحصة في الاول وهو ما اذا اشترى
الارض مع شجر مثمر لانه دخل في البيع قصدا وكان له قسط من الثمن فيقابله بعوضه
ويأخذ ما سواه بكل الثمن في الثاني لانه لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد
عليه العقد ولا القبض الذي له شبه بالعقد فلهذا لا يوجب سقوط شيء من الثمن

باب ما تجب فيه

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب وما يبطلها اي الشفعة وما لا يبطلها

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب وما يبطلها وما لا يبطلها بعد ذكر وجوبها
لان التفصيل بعد الاجمال انما تجب يعني انما تثبت الشفعة قصدا في عقار انما قال
قصدا لانها تثبت في غير العقار بتبعية العقار كالشجر والثمر والعقار ما له اصل من دار
او ضيعة ملك بصفته عقار بعوض احتراز عما اذا لم يكن العوض مالا كما لو خولع على دار
او صولح عن دم العمد عليها فانه لا يثبت الشفعة فيها وان لم يمكن قسمته اي قسمة
العقار كرحى وحمام وبئر وقال الشافعي لا تجب فيما لا يمكن قسمته وهذا مبني
على ان الشفعة تجب لدفع ضرر القسمة عنده ولدفع ضرر الجوار وسوء العشرة على الدوام
عندنا فبني كل على قاعدته والنصوص تشهد لنا لانها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم
فلا تجب الشفعة في عرض وهو على وزن فلس المتاع وكل شيء سوى الدراهم والدنانير
فانهما عين قال ابو عبيد العروض الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا
ولا عقارا كذا في الصحاح وفلك بضم الفاء وسكون اللام السفينة وجمع فلك ايضا
والتغير بينه وبين مفرده اعتباري فضمته اذا كان جمعا ضمة اسد واذا كان مفردا
ضمة قفل والتغير المأخوذ في تعريف الجمع اعم من ان يكون حقيقيا او اعتباريا
ولذا قال ابن الحاجب في تعريف الجمع الجمع ما دل على آحاد مقصودة بحروف مفرده
بتغير ما فزاد لفظة ما اشارة الى التعميم وقال مالك تجب في السفينة لانها تسكن
كالعقار ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لا شفعة الا في ربع او حائط
الربع الدار والحائط البستان واصله ما احاط به وان الاخذ بالشفعة ثبت
بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يلحق به المنقول لانه ليس في معنى العقار
وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول
لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار ولان المنقول يشترى للبيع
عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرج عن ملكه اذا اقتضى وطره ولا كذلك العقار
وبناء وشجر بيعا بصفة بناء وشجر بدون الارض لانهما منقولان فلا تجب فيهما
اذا بيعا بلا ارض وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض
بخلاف العلو حيث يستحق به الشفعة ويستحق به السفل على انه مجاور
وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا استحق بالطريق الشفعة
على انه خليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق
به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا يستحق بهما الشفعة كذا في الزيلعي
ولا تجب في ارث اي موروث فان الدار اذا ملكت بارث لا يثبت فيها الشفعة وصدقة
اي متصدق فان الدار اذا ملكت بصدقة لا تجب فيها الشفعة لان الملك الحاصل بكل منهما
حاصل بغير عوض وهبة بلا عوض مشروط لان الملك الحاصل بها يكون حاصلا بغير عوض اصلا
وقوله بلا عوض مشروط يعني اذا شرط العوض في الهبة يثبت الشفعة فيها عندنا
لان العوض يكون واجبا عليه فيكون بيعا انتهاء واذا عوض عنها بلا شرط عوض لا يثبت
الشفعة كالهبة بلا عوض لان التعويض عنها بلا شرط تبرع ولا شفعة في التبرعات
وقال مالك يثبت الشفعة في الهبة متى عوضت عنها وان لم يكن العوض مشروطا فيها
لانها تصير بمنزلة البيع ولنا انها هبة من الجانبين لانه لا يشترط في العقد عوض ولا شفعة
في الهبة بخلاف ما اذا شرط العوض حيث صارت معاوضة وفي المحيط الشفعة
في الهبة المشروطة بعوض انما تثبت اذا تقابضا فان قبض احدهما دون الآخر فلا شفعة
خلافا لزفر وهذا بناء على ان الهبة المشروطة بعوض ينعقد معاوضة ابتداء عنده
وعندنا ينعقد تبرعا ابتداء وتتم معاوضة اذا تقابضا كذا في ابن ملك شرح مجمع البحرين

اذا ملك بغير عوض وهبة فانه لا يثبت فيها الشفعة هو ان العوض مالا احترازا

وما بيع بخيار البائع يعني من باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع فيما بيع لان خيار يمنع
خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبها ان يخرج عن ملكه
او بيع بيعاً فاسداً يعني لا شفعة في دار بيعت بيعاً فاسداً قبل القبض وبعده لان البيع الفاسد
قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البائع باقياً على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق
وبعده ملكه وبعد القبض وان كان يفيد لكن حق البائع باق فيها لاجل الاسترداد واجب لدفع
رفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها وفي اثبات الحق للشفيع تقرير الفساد
فلا يجوز لانه لو جاز ذلك لتحول ذلك الفساد بعينه الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار
الشرط للمشتري حيث يأخذها الشفيع لخروجها عن ملك البائع ولم يتعلق حق له
ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد
ما لم يسقط حق الفسخ واذا سقط حق الفسخ في البيع بخيار البائع باسقاط الخيار
واذا سقط حق الفسخ في البيع بخيار البائع بان اسقط الخيار وجبت الشفعة فيه لوجود السبب
وزوال المانع ثم في الاصح يشترط الاشهاد عند سقوط الخيار لان البيع انما صار سبباً
لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة يبتني على انقطاع حق المالك وهو البائع
ينقطع عنده وكذا اذا سقط حق الفسخ في البيع الفاسد ببناء المشتري فيها
وجبت الشفعة فيها لزوال المانع من وجوب الشفعة وهذا لان امتناع حق الشفعة
انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لانقطاع حق البائع
ولا شفعة فيما قسم بين الشركاء يعني لو قسمت الدار بين الشركاء لا يجب الشفعة للجار لهم
بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا لا يجري فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا
في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جاراً
بعد الافراز وهو متعذر او جعل اجرة في الاجارة او جعل بدل خلع او جعل بدل عتق او بدل
صلح عن دم عمد او مهراً يعني لا شفعة في دار جعلت اجرة في اجارة عبد مثلاً او جعلت
بدل خلع او بدل عتق او بدل صلح عن دم عمد او جعلت مهراً بان يتزوج عليها لان الشرع
لم يشرع التملك بالشفعة الا بما تملك به المشتري صورة ومعنى او معنى لا صورة ولا يتحقق
اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها فلو
يكن رعاية الشرع فيها وهي التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعاً وعند الشافعي
يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فيأخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها
كما في البيع بعرض الا ترى انها مضمونة بهذه العقود والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على
جعلها قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض حيث تعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع ولنا ان منافع
هذه العقود ليست بمال ولا هي مثل على الاعراض صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشيء ما
يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى ولا اتحاد في المعنى بين المال وبين هذه الاشياء فلا يكون قيمة لها
غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها او للضرورة فلا يتعدى موضعها لان ما ثبت للضرورة
يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حقه فيكون المأخوذ بها بلا
بمنزلة الموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما يتملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر وهنا لو
كان يأخذ بسبب آخر غير الاول لان الاول نكاح او اجارة او غير ذلك وليس ببيع اصلاً ولو اخذه
وفيه انشاء تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا يتحول الصفقة
اليه قبل القبض وفي هذه العقود لا يمكن ذلك اصلاً فلا يكون الشفعة فيها مشروعة لانها
ليس بمورد النص ولا هو بمعناه فيمتنع الالحاق ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقاراً مهراً
لم يكن فيها الشفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل البضع بخلاف ما لو باعها العقار
بمهر مثلها او بالمسمى عند العقد او بعده حيث يثبت فيها الشفعة لانه مبادلة مال بمال لانها اعطت
من العقار بدلها فقد [illegible] من المهر وان قوبل ببعضه اي ببعض [illegible] لا بهذه الاشياء ما لا عنده
حتى لو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفاً مثلاً فلا شفعة في جميع الدار عنده

وعندهما تجب الشفعة في حصة المال ولا تجب في حصة ما جعل مهراً لان في حصة المال مبادلة
مال بمال هو يقول معنى البيع تابع في هذه الصورة فلا شفعة في الاصل فكذا في التبع
ولا فيما صولح عنه بانكار او سكوت يعني من ادعى داراً في يد رجل وانكره
صاحبها او سكت ثم صالح عن تلك الدار على مال لا شفعة فيها اما في صورة
الانكار فلان صاحبها يزعم ان الدار لم تزل عن ملكه واما في السكوت فلزعمه
ان ما اعطاه افتداء يمينه فلم يثبت المبادلة المالية وتجب فيما صولح عليه
باحدهما اي بالانكار او السكوت يعني لو صالح عن دعوى خصم على دار منكراً او
ساكتاً وجبت الشفعة فيها لان زعم المدعي انه اخذها عوضاً عن حقه
فيؤاخذ بزعمه يقول الفقير انما فرضت المسألة الاولى في الانكار او السكوت
لانه ان صالح عنها باقرار تجب الشفعة لانه يكون معترفاً بالملك للمدعي وانما
استفادها بالصلح فكان مبادلة مالية واما المسألة الثانية فغير مقيدة با
والانكار بل هي مطلقة لانه تجب الشفعة سواء صولح عليها باقرار او سكوت
او انكار على ما ذكر في الهداية وسائر الكتب لكن تقييد المص تلك المسألة
بقوله باحدهما للمشاكلة اعتماداً على انه اذا صالح عليها بالاقرار بوجوب الشفعة
فيها بالطريق الاولى لكن لو لم يقيدها به لكان اولى واحسن تدبر
ولا فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية او بخيار شرط او بخيار عيب بقضاء
قيد لقوله بخيار عيب يعني اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت على البائع بخيار
رؤية او بخيار شرط كيف ما كان او ردت بخيار عيب بقضاء
قاض لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن ان يجعل عقداً جديداً
والشفعة انما تجب في الانشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان
ولا فرق في ذلك بين الفسخ قبل القبض وبعده وما رد به اي بالعيب بلا قضاء
او ما رد بالاقالة تجب الشفعة فيه وقال زفر لا تجب لان العقد قد انفسخ
بالرد بالعيب وبالاقالة لان الاعتبار للقصد والتصرف وهما قصدا الفسخ لا
البيع الجديد ولنا ان الرد بالعيب بغير قضاء والاقالة بمنزلة البيع المبتدأ
غير انهما قصدا الفسخ لولايتهما على انفسهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بيعاً
مبتدأ جديداً في حق الثالث لوجود حد البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما
والشفيع ثالث فيجعل بيعاً جديداً في حقه فيثبت الشفعة وقال
صاحب الهداية ومراد القدوري بالرد بالعيب بغير قضاء الرد بالعيب بعد القبض
لانه يكون فسخاً من الاصل قبله وان كان بغير رضا وقال الفاضل الزيلعي وانما
يستقيم هذا على قول محمد لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول
فلا يمكن حمله على البيع واما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فلا مانع لهم
حمله على البيع وهذا لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة بيع عند
ابي يوسف مطلقاً ما لم يتعذر جعله بيعاً وعند ابي حنيفة وان كان فسخاً
في حقهما لكنه بيع جديد في حق غيرهما فامكن جعله بيعاً في حق الشفيع
فلا يفترق بان الرد قبله جعل فسخاً من الاصل لعدم تمام العقد ولهذا ينفرد
به قبله بلا رضاه بخلاف ما بعد القبض فلا يتأتى انتهى وتجب
الشفعة في العلو وحده وتجب في السفل بسببه اي بسبب العلو قال صاحب الكافي
العلو يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل وان لم يكن طريق العلو
في السفل لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار يقول الفقير وقد بينت حكم
وحكم كون طريق العلو في السفل وعلم كونه كذلك نقلاً عن الزيلعي في شرح
قول المص وبناء وشجر بيعا بدون الارض فلو نقيد

ويجب الشفعة فيما بيع بخيار المشتري لان خيار المشتري لا يمنع زوال
الملك عن البائع بالاتفاق • والشفعة تبتني عليه • وان بيعت دار بجنب
الدار المبيعة بالخيار فله الشفعة لمن له الخيار بايعا او مشتريا اما اذا كان الخيار
للبائع فاخذه بالشفعة ظاهر لان ملكه لم يزل بيعه بالخيار فلما كان ملكه باقيا
فيما باع كان له الاخذ بالشفعة للدار المبيعة في جنبها ان هنا ثم لو اخذها
بالشفعة كان نقضا ذلك من البائع نقضا للبيع لانه فرغ ملكه واقدام على ما فيه
ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع • وكذلك اذا كان الخيار للمشتري عندهما
واما عند ابي حنيفة ففيه اشكال لان من اصله ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة
واستحقاق الشفعة باعتبار الملك • ولهذا لا يستحق المستاجر والمستعير فكيف
تثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار • ودفع بان طلبه الشفعة يدل على اختياره الملك
فيصير اخذها مع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة كالماذون والمكاتب
اذا بيعت دار بجنب دارهما • ومن هنا قال ويكون الشفعة اجازة واسقاطا
من المشتري وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل
ان يرى الدار الاولى فكان له ان ياخذها بالشفعة لان ملكه في الدار المشفوعة
ثابت فيستحق بها الشفعة كما يستحق فيها اذا اشترى مع خيار الشرط
لكنه هاهنا اذا اخذ الدار المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار
الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالة اولى •
ولشفيع الدار الاولى اخذها اي اخذ الاولى منه لا اخذ الثانية
يعني اذا حضر شفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري كان له ان
ياخذها من المشتري بالشفعة لانه اولى بها من المشتري لما عرف
ان الشفيع اولى من المشتري وليس له ان ياخذ الدار الثانية وهي التي
اخذها المشتري بالشفعة اذ لم يكن متصلا بملكه بل كان
متصلا بالدار التي اشتراها المشتري فقط لانعدام سبب الشفعة في حقها
وانفصالها بالشفعة لا يجديه لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى
وان كانت متصلة بملكه كان له ان يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب
وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط او رؤية بل كل من اشترى دارا وبيعت دار
بجنبها كان له ان ياخذها بالشفعة ثم اذا جاء شفيع الاولى بعد ما اخذ
المشتري الدار الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء ان ياخذ الاولى
بالشفعة وليس له ان ياخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه
على ما بينا كذا في الزيلعي • وان بيعت دار بجنب الدار المبيعة بيعا فاسدا
فشفيعها اي شفيع الدار البائع ان بيعت قبل قبض المشتري لبقاء ملكه
فيها فاذا قبض المشتري بعد الحكم له للبائع بها اي بالشفعة لا تبطل
الشفعة لان ملكه في الدار المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا تبطل شفعته باخراج الاولى
عن ملكه • وان بيعت بعد قبض المشتري فالشفعة للمشتري لان الملك يكون له و
لا يؤدي اخذ الشفعة الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة
ولا فساد في ماخوذة بالشفعة بخلاف المشتراة شراء فاسدا لان
اخذها بالشفعة يؤدي الى تقرير الفساد على ما بينا •
فان استردها البائع بالبيع الفاسد منه اي من المشتري الدار المبيعة
قبل الحكم له اي للمشتري بالشفعة بطلت شفعته يعني ان بيعت بجنبه
الشيء فاستردها البائع منه قبل ان يقضى له اي المشتري بالشفعة بطلت
شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله هـ •

وان استردها

وان استردها منه بعد الحكم له بالشفعة بقيت الدار الثانية
المشفوعة على ملكه لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم
بالشفعة ليس بشرط ولا يؤدي اخذ الشفعة الى تقرير الفساد لانه
ينفسخ بالاسترداد • والمسلم والذمي في الشفعة سواء • وقال
ابن ابي ليلى لا شفعة للذمي لانه رفق شرعي فلا يستحقه من ينكر الشريعة
وهو الكافر • ولنا العمومات الواردة من غير فصل والاستواء في السبب
والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق
ولهذا قلنا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير
وايضا نأخذ بما قضى به شريح رحمه الله وقد تايد ذلك بامضاء عمر
رضي الله تعالى عنه • وان اهل الذمة قد التزموا احكام الاسلام
فيما يرجع الى المعاملات • والاخذ بالشفعة من المعاملات فيكون
اهل الذمة في الشفعة مع المسلمين سيان • وقال ابن ابي ليلى
لا شفعة للصغير لان وجوبها اذا كان لدفع ضرر سوء الجوار فهو
لا يتضرر به • قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل
وكذا الحر والعبد الماذون والمكاتب يعني هم متساوون
في استحقاق الشفعة ولو كانت الشفعة في مبيع السيد
قال صاحب العناية والنهاية اذا كان البائع غير المولى
فللعبد الماذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان البائع هو المولى
فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا • وهذا لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره
وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين
فلا شفعة للمولى لان بيع العبد يقع له وان كان عليه دين فللمولى
الشفعة لان بيعه يكون لغرمائه والمولى من كسب عبده
المديون كسائر الاجانب • ومن هنا قال كالعكس
يعني لو كان العبد للسيد البائع العبد والسيد الشفيع فكذلك يكون للسيد الاخذ بالشفعة
يقول الفقير ذكر المص هذه المسئلة مطلقة لكنها ليست بمطلقة
على ما نقلناها من العناية والنهاية • ولقد احسن صاحب الوقاية في تعبيره
حيث قال وللعبد الماذون مديونا في مبيع سيده وسيده في مبيعه
وقال صدر الشريعة في شرحه اي يجب للعبد الماذون
حال كونه مديونا محيطا برقبته وكسبه فيما باع سيده • وكذا
للسيد حق الشفعة فيما باع العبد الماذون المذكور بناء على ان ما في يده
ملك لمولاه • وصاحب الدرر لله دره رتب المسئلة على ترتيبه
حيث قال وتثبت الشفعة للعبد المستغرق بالدين بحيث يحيط
برقبته وكسبه في مبيع سيده وله اي لسيده في مبيعه اي في مبيع العبد
لان ما في يده ليس ملك مولاه • لكن صاحب الاصلاح والايضاح
قال في تغييره وتجب الشفعة له مديونا في مبيع سيده ولو احاط الدين
برقبته وكسبه غير شرط وتجب لسيده في مبيعه بناء على ان ما في يده ليس ملك المولى
اذا كان مديونا انتهى فيلزم التامل في قول المص وحمله على ما قالوا تدبر •

الطلوع

فصل

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى البيان وجه وتبطل الشفعة بتسليم الكل او البعض
بعد البيع اما بطلانها بتسليم الكل فلانه صريح في الاسقاط واما بتسليم البعض فلان حق
الشفعة لا يتجزى ثبوتا لانه يملكه كما ملكه المشتري والمشتري لا يملك البعض لانه تفريق الصفقة
فلا يتجزى اسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله وانما قلنا بعد البيع لان التسليم قبل البيع
لا يبطلها ولو كان التسليم من الوكيل اذا كان الوكيل وكيلا بطلب الشفعة فان سلم
الكل او البعض يبطل الشفعة اذا كان في مجلس القاضي عند ابي ح وعند ابي يوسف
يبطل مطلقا وعند محمد وزفر لا يبطل تسليمه الشفعة اصلا لانه اي بعضهما امره
بالخصومة وتوكيل بالشرا لان الاخذ بالشفعة شرا والوكيل بالشرا له ان لا يشتري
ثم ان ابا يوسف يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا وابا حنيفة يقول انه وكيل
بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلس القاضي واذا كان الشفيع وكيلا بالبيع فتسليم
الشفعة تبطل شفعته بالاتفاق وكذا سكوته اعراض بالاخلاف كذا في الاصح ولا يصح
وتبطل الشفعة بالصلح عن الشفعة على عوض وعليه اي على الشفيع رده اي رد العوض
يعني اذا صالح المشتري الشفيع على عوض تبطل شفعته وعلى الشفيع رد العوض
لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل انما هو مجرد حق التملك فلا يجوز اخذ العوض
عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط كما اذا قال الشفيع اسقطت شفعتي
فيما اشتريت فانه يسقط شفعته وان لم يسقط المشتري شفعته فيما اشترى الشفيع
والمراد بكونه شرطا جائزا كونه ملايما حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما
ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله اسقطت
بدون تحقق الشرط. فعلم ان اسقاط الشفعة اذا كان لا يتعلق بالشرط الجائز
فلان لا يتعلق الاسقاط بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض بالعوض عن حق
ليس بمال بل هو رشوة محض اولى فيصح الاسقاط ويبطل الشرط ولهذا يلزم عليه رد العوض
وكذا يبطل شفعته لو باع شفعته بمال لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة
ليس بمال فلا يحتمل التمليك فكان كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا فيسقط الشفعة
ولا يلزم المال بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان الحكم
في هذه الاشيا متقرر في المحل ولهذا يستوفي القصاص بعفوه الا ترى انه لو
اي يقتل قصاصا بغير قضا ولا رضا فعلم ان حقه ثابت في المحل في حق القتل
ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير رضا ولا قضا. وكذا لو قال للمخيرة اختاريني
بالف او قال العنين لامرأته ذلك يعني قال العنين لها اختاريني اي اختاري ترك الفسخ
فاختارته اي الزوج بطل خيارها ولا يجب العوض لانه مالك لبعضها قبل الاختيار
وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض اكل مال بالباطل وهو لا يجوز. استحقاقها
وتبطل الشفعة ببيع ما يشفع به قبل الحكم له اي للشفيع بها اي بالشفعة لان سبب
تملكه قبل القبض ملكه لا فرق بين ان يكون عالما وقت بيع داره بشرا المشفوعة او لم يكن عالما
لانه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم بيعها او لم يعلم
ولو باع الذي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع
يمنع خروج المبيع من ملكه على ما تقدم وتبطل بموت الشفيع قبل القضاء بالشفعة
بعد الطلب وقبله ولا يورث عنه اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن فلا كلام
وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع اصلا لان هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص
وحق الرد بالعيب ولنا انه مجرد حق وهو حق التملك وانه مجرد راي ومشية فلا يورث عنه
بخلاف القصاص لان من عليه القصاص كان مملوكا لمن له القصاص ولهذا جاز اخذ العوض عنه

ولان الشفيع

ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد الموت
وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق
الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث
بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الاخذ لا بموت المشتري لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه
وهو اتصال ملكه وانما حصل الانتقال الى الورثة في الدار المشفوعة ولا شفعة لمن باع كالوكيل
او بيع له كرب المال اذا باع الورثة المضارب دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له
والاصل فيه ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري او اشتري له كما اذا اشترى
المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول
يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة
وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ بالشفعة ينافيه وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقرير لان الاخذ
بالشفعة مثل الشرا قال الفاضل الزيلعي ولا فرق فيمن باع او اشتري بين ان يكون وكيلا او اصيلا
حتى لا يكون له الشفعة في الاول ولو كان وكيلا وفي الثاني له الشفعة ان كان اصيلا
ولو كان وكيلا حتى اذا باع المضارب او العبد المأذون له العقار ليس له ولا لرب المال
حق الاخذ بالشفعة ولو اشتراه كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا او ضمن الدرك عن البائع
وهو شفيع فلا شفعة لان تمام البيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع الا بضمانه
الثمن ثم ان العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البائع وضمان الدرك في
ضمان الاستحقاق ان يقول الشفيع للمشتري انا ضامن لثمن هذا البيع ان استحقه آخر او ساوم
المشتري بيعا او اجارة لان مساومة المشتري بيعا او اجارة دليل الرضا بثبوت الملك
للمشتري وتصرفه فيه بيعا واجارة ومع ذلك لا يكون الا بعد اسقاط الشفعة ووجبت الشفعة
لمن ابتاع اي اشترى او ابتيع له لانه شرا لا يبطله الاعراض على ما بينا آنفا بعيوب وعن
ولو قيل للشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم بان انها بيعت باقل من الف او بكيلي او وزني
او عددي متقارب قيمته اي قيمة كل من الكيلي والوزني والعددي الف او اكثر فله الشفعة ولا
يكون تسليمه مانعا الاصل فيه ان الغرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه
فاذا سلم على بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لا يوجد على الوجه
المشفعة بيانه انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باكثر
فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم
وان علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمته الف او اكثر فهو على شفعته لان تسليمه عند
كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه في احد الجنسين لا يكون تسليما في الآخر
فربما يسهل عليه ادا احدهما ويتعذر الآخر او كان فيه احدهما اكثر من الآخر وكذا كل مكيل او موزون
او عددي متقارب ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها الف فلا شفعة
اما في الاولى فلانه انما يأخذ بقيمة العرض وهو الف او بدنانير لكونه قيميا بخلاف الحنطة و
لانها من المثليات ولا يخفى ان ادا المثل يكون اسهل في بعض الاحوال واما الثانية فعندهما
فعند ابي يوسف لا شفعة له وهو استحسان وعند ابي ح وزفر له الشفعة وهو القياس لان الجنس
مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وكذا لو اجبر على ان يوفي بالدراهم
فاوفى بالدنانير كان مختارا غير مكره ولو كان اجبر على واحد منهما كان مختارا وجه الاستحسان
انهما جنس واحد في الثمنية وكلا منهما نقد ولهذا يضم احدهما الى الآخر في الزكاة كذا في الزيلعي
لقول العيني ووقع في الهداية ومجمع البحرين انه لا خلاف فيها بين علمائنا الثلاثة وبين زفر
النهاية بسبب شرح ما اختاره صاحب الهداية هكذا ذكر الاختلاف في المبسوط وذكر الاختلاف
في الاسرار بين علمائنا الثلاثة حيث قال اذا قيل للشفيع الشرا بالف درهم فسلم فاذا هو
بمائة دينار قيمتها الف كان له ان يطلب الشفعة عند ابي ح ومحمد وقال ابو يوسف بطلت شفعته استحسانا
لانهما جنس واحد في حق التجارة وضمانها وجه القياس انه لا انسان قد يتيسر عليه الشرا باحدهما دون الآخر

اذا عرفت هذا فاعلم ان الفاضل الزيلعي اختار ما في الذخيرة حيث جعل الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رح
في الصاحب الاختيار واشار محمد في الاصل الى ابقاء الشفعة وهو قول ابي ح وزفر
ويكون على ما قال محمد معهما ويكون ابو يوسف منفردا في قوله تتبع والمص اختار القول
ببطلان الشفعة فلهذا لم يذكر الاختلاف اصلا ولو قيل له اي للشفيع المشتري فلان
فسلم فبان انه اي المشتري غيره اي غير فلان فله الشفعة لتفاوت الناس فمنهم من يرغب
في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره
ولو قيل له المشتري فلان فسلم الشفعة ثم بان انه اي المشتري هو اي فلان مع غيره فله الشفعة
في حصة الغير لان التسليم لم يوجد في حقه يقول الفقير حفظ سال الحقير هنا مطالعة
وهي ان في هذه المسئلة وتعليلها شوب مناقضة بما قالوا ان الشفعة لا تتجزى ثبوتا
وسقوطا كما مر تقريره ولو بلغه اي الشفيع بيع النصف فسلم الشفعة فظهر بيع الكل
فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه ثابتا في اخذ الكل على الكل غير
النصف فلا يكون اسقاطا للبعض اسقاطا للكل ولان التسليم لخوف ضرر
الشركة ولا شركة اذا بيع الكل فيكون الشفعة في الكل قال الفاضل الزيلعي وهذا
التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه وهو ما اذا اخبر
بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل
تسليم في ابعاضه كلها ولان رغبة الناس في الكل اكثر في العادة من رغبتهم في الاشقاص
لخلو الكل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه فاولى ان لا يرغب في التشقيص وقيل له الشفعة
لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع
شيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ما ذكره في ظاهر الرواية على ما اذا كان
ثمن النصف مثل ثمن الكل واما اذا تبين له ان ثمن النصف ليس مثل ثمن الكل فله الشفعة
والمعنى ما بينا وان باع الا العقار الا ذراعا من طول جانب الشفيع يعني باع الدار
الا مقدار عرضه ذراع وطوله تمام ما يلاصق الدار المبيعة دار الشفيع
وقيد الذراع وقع اتفاقا لانه لو كان شبرا او اصبعا يمنع الشفعة ايضا
فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولا يوجد الاتصال بالمبيع حينئذ
وهذه حيلة لاسقاط شفعة الجوار وكذا اذا وهبت هذا المقدار
للمشتري ثم باع باقيه لعدم الالتزاق ايضا وان شرى منها اي من الدار سهما
بثمن ثم شرى باقيها بثمن اخر فالشفعة للجار في السهم فقط لان الشفيع
جار في السهم والمشتري شريك في الباقي باشتراء السهم الاول لانه حين
اشترى الباقي كان شريكا للبايع بشراء السهم الاول واستحقاق الشفيع
الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد
فيتقدم على الجار بكونه شريكا للبايع لان الشريك مقدم على الجار
وهذه حيلة اخرى لدفع الجار عن الشفعة وان ابتاعها اي الدار
بثمن غال كالف مثلا ثم دفع عنه ثوبا دنيا قيمته مائة مثلا
اخذها الشفيع بالثمن المسمى لا بقيمة الثوب لان الثوب عوض
عما في ذمة المشتري فيكون البايع مشتريا للثوب بعقد اخر غير العقد الاول
فيترك الشفيع الشفعة لكون ثمنها غاليا ويسلم الدار الى المشتري
وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة وهنا حيلة اخرى اسهل واحسن
وهو ان يشتري الدار بدراهم معلومة اما بالوزن او الاشارة مع قبضة
فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض فان الثمن معلوم
حال العقد اما بالوزن او الاشارة ومجهول حال الشفعة وجهالة الثمن تمنع الشفعة

ولا تكره الحيلة

ولا تكره الحيلة في اسقاطها عند ابي يوسف وبه اي وبقول ابي يوسف
يفتى قبل وجوبها لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه لان في تملك الدار عليه بلا رضاه
ضررا عليه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه جائزة وان تضرر الغير في ضمنه وعند
محمد تكره الحيلة في اسقاطها لان الشفعة انما ثبتت لدفع الضرر
وفيه كراهة ابقاء الضرر ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب
واما بعده فمكروه بالاجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام
وقال شمس الائمة لا باس بالحيلة بعد الوجوب ايضا اذا كان قصده
دفع الضرر عن نفسه لان في اخذه دارا بغير رضاه ضررا عليه واضرار الغير ضمني
فلا يعتبر وقال بعضهم لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف
انما الخلاف في فصل الزكوة وقال بعضهم الخلاف جار في الشفعة
والزكاة ايضا قال صاحب الدرر وبعضهم كراهة الحيلة في
الشفعة وبكراهتها في الزكاة قال صدر الشريعة الشفعة
انما شرعت لدفع ضرر الجوار فالمشتري ان كان ممن يتضرر به الجيران لا يحل
اسقاطها وان كان رجلا يتشفع به الجار والشفيع متعنت لا يجب عليه
في مجال في اسقاطها وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لا حصة
بعض البايعين يعني اشترى جماعة من واحد لا ياخذ حصة احد الباعة بل
ياخذ الكل او يترك لان الشفيع في الوجه الثاني ياخذ نصيبه
بعضهم بتفريق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ
منه وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا يتفرق الصفقة
ولا فرق في هذا بينما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه
اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته كيلا
يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة احد المشترين بخلاف ما بعد القبض
لانه سقطت يد البايع وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا اخذ
قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى اخذ
نصيب احدهم عن يد البايع يتضرر البايع بتفريق اليد بخلاف ما بعد
القبض لانه لم يبق يد البايع ولا فرق ايضا بين ما سمى لكل بعض ثمنا او كان
الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن كذا في الهداية
وللجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان وقع في غير جانبه يعني من اشترى نصف دار
غير مقسوم فقاسمه البايع فللشفيع اخذ النصف الذي صار للمشتري او وقع
وليس له ان ينقض القسمة بان يقول لا ارضى بهذه القسمة سواء كانت القسمة
بحكم او بتراض لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع الا ترى ان
القبض في الهبة يتم بها والشفيع ليس له ان ينقض القبض وكذا لا ينقض ما هو من تمام
وهو القسمة بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم
المشتري مع الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضها لان العقد لم يقع من الذي
قاسم فلم يكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك
فينقضها الشفيع ثم اذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له ان ياخذ نصيب
المشتري في اي جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على ابطال حقه
وهو المروي عن ابي يوسف واطلاق الكتاب يدل عليه وعن ابي ح
انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع
في الجانب الاخر كذا في الهداية والزيلعي

وللعبد المأذون المديون الشفعة في بيع سيده وبالعكس اي للسيد اخذ الشفعة في بيع المأذون المديون يقول الفقير هنا تكرير لما سبق من غير فائدة يعتد بها لانه ذكرها وحكمها في اخر باب ما يجب فيه الشفعة قبيل الفصل لا يقال نعم ذكرها فيما سبق مطلقة من قيد المديون وذكرها هنا مع هذا القيد وذكرها هناك لبيان تسويته مع الحر وذكرها هنا لبيان مسئلة مستقلة لانا نقول لا يجدي ذلك نفعا بل كان المناسب ان يذكرها فيما سبق مقيدة بهذا القيد اولا يذكرها هناك بل يذكرها هنا المقام على ان ذكرها هناك مقيدة بهذا القيد يكون بيانا لتسويته مع الحر ضمنا وبيانا لمسئلة مستقلة ضمنا والاختصار مطلوب تأمل وصح تسليم الاب والوصي شفعة الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها في معنى التجارة فيملكان تركها الا ترى انه لو اوجب بيعا للصبي كان يصح رده هنا العبد للصبي صح رده الايجاب ولانها دائرة بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركها ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض خلافا لمحمد فيما بيع بقيمته او اقل فانه لا يصح تسليم الاب والوصي شفعته وهو على شفعته اذا بلغ لانه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله ولان حق الشفعة شرع لدفع ضرر الجار فكان ابطاله اضرارا به ولايتهما نظرية وقيل ان قول محمد رواية عن الامام في الاول الذي لا يتغابن فيه قال صاحب الكافي وذكر في الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والثمن باكثر من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة ان التسليم يصح لانه امتنع عن ادخال شيء في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعنه ايضا انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع وهو لا يجوز من الاب فاختلفت هذه الرواية ولا رواية فيه عن ابي يوسف انتهى وان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا للصبي ولصاحب النهاية والزيلعي كلام فهنا المقام ان شئت فراجعهما

كتاب القسمة

اورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاء ملكه باع ووجبت فيه الشفعة ولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي نقيض الثبوت فكان بين الشفعة والقسمة مناسبة التضاد والمتضادان يقترنان ابدا مع تقدم المثبت على النافي كما في النكاح والطلاق وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفي الشريعة هي جمع نصيب شائع في معين اي في مكان معين وسببها طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركاء منتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم ان يجيبه اليه وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها ان لا يفوت المنفعة بالقسمة فاذا كان يفوت بها منفعة لا يقسم جبرا كالبئر والرحى والحمام ونحو ذلك لان الغرض تكميل المنفعة فاذا ادت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها وهي جائزة مشروعة بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة اولوا القربى الآية وبالسنة لانه صلى الله عليه وسلم باشرها في الغنائم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيها انصاف الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكانت واجبة وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه

وتشتمل القسمة على الافراز هو اخذ عين حقه والمبادلة هي اخذ عوض عن حقه اذ ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما ياخذه كل منهما نصفه ملكه ونصفه من صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة فلا جرم ان القسمة تشتمل على مبادلة وافراز والافراز اغلب في المثليات اي في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين ابعاضها فما ياخذه مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه فكان افرازا لحقه فيأخذ الشريك حظه منها اي من المثليات حال غيبة صاحبه لكونه عين حقه ولو كانت مبادلة لما جاز ولو اشترياه والضمير المنصوب راجع الى المثلي الدال عليه لفظ المثليات فاقتسماه فلكل واحد منهما ان يبيع حصته مرابحة بنصف ثمنه ولو كانت مبادلة لما جاز هنا والمبادلة اغلب في غيرها اي في غير المثليات للتفاوت فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا ياخذه اي فلا ياخذ الشريك نصيبه حال غيبة صاحبه لكونه غير حقه ولا يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه ولو كان افرازا جاز ويجبر عليها اي على القسمة فيه اي في غير المثلي بطلب الشريك في متحد الجنس لا في اي لا في غير متحد الجنس وحاصل المقام ان معنى المبادلة اذا كان اغلب في غير المثليات كالحيوانات والعروض كان ينبغي ان لا يجبر على القسمة فيها لانه لا معنى للجبر على المبادلة حقه لكن يجبر عليها في متحد الجنس لان فيها الافراز وان كان معنى المبادلة اغلب لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الاخر عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته اذا كان متحد الجنس لان فيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس فجاز الاجبار عليها لدفع الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها الاجبار كما في القرض كقضاء الديون لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وان لم يتحد الجنس بل كان اجناسا مختلفة كالغنم والبقر والابل لا يجبر عليها لتفاحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم وانما قلنا مع امكان الوصول لانه ان لم يمكن الوصول الى حقه بدون المبادلة يجبر على المبادلة كما في قضاء الديون وندب للقاضي ان ينصب قاسما رزقه من بيت المال ليقسم بلا اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمفتين فيكون كفايته في بيت مال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء فان لم يفعل اي ان لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال لان نصب قاسم كذلك غير واجب حتى يجب نصبه بل هو مندوب فيجوز ان ينصب وان لا ينصب فان لم ينصب نصب قاسما يقسم باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليست القسمة بقضاء على الحقيقة حتى جاز للقاضي ان ياخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء الا يرى انه لا يفترض عليه ان يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدره اي القاضي كيلا يطمع في اموالهم ويتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال كما اشار اليه بقوله وندب لانه ارفق بالعامة وابعد عن تهمة مواطأة القاضي مع القاسم وهو اي اجر المثل يجب على المتقاسمين على عدد الرؤس ولا يتفاوت بتفاوت الانصباء عند ابي حنيفة وعندهما على قدر السهام لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وحمل الطعام المشترك وعمل الثوب المشترك ونفقة الرقيق المشترك وبناء الجدار المشترك ولابي حنيفة ان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الاكثر فيكون مؤنته عليه اكثر ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل

بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والوزن والكيل ان كانا للقسمة
قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجرة مقابلة بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز
وعمل الكيل والوزن متفاوت فالحق ولو اطلقنا الجواب ولم نفرق بين ان يكون الكيل
والوزن للقسمة اولغيرها وان جينا في الكيل على قدر الانصبا كما العذر فيه ما ذكرنا
من ان الاجر مقابل بعمل الكيل والموزون وهو متفاوت فلا يلزم والبه مال شمس الائمة السرخسي
ومال بعضهم الى الاول فاوجب الاجر على السواء ان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصبا
وفي الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو متفاوت بخلاف التمييز وفي نقل مقابل بالتنظيف
فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها لابقاء الملك فيتفاوت بتفاوته
وفي البناء الاجر مقابل بنفس البناء وهو يتقدر بالمكان بخلاف التمييز وروى عن الحسن
ان الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الممتنع
واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن كل واحد منهما للقسمة
وان كان لها ففيه الخلاف المزبور وقد بيناه آنفا بالتقريب فلا نعيد شرحه
ويجب كونه ان يكون القاسم عدلا امينا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضا
ولانه لابد له في القسمة من العلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالعدالة والامانة
ولا يجبر الناس على قاسم واحد معناه انه لا يتعين قاسما واحدا ولا يجبرهم على ان يستأجروه
لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين يتحكم بالزيادة على اجر مثله فيتضرر به الناس
ولا يترك القسام بضم القاف وتشديد السين جمع قاسم ليشتركوا اي يمنعهم القاضي
من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير باشتراكهم غالية لانهم اذا اشتركوا يتواكلون
وعند عدم الاشتراك يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك
وصح الاقتسام بانفسهم بلا امر القاضي لولايتهم على انفسهم واموالهم ويقسم على الصبي
وليه او وصيه كالبيع وسائر التصرفات فان لم يكن له ولي ووصي
فلا بد من امر القاضي يقول الفقير وقع في جميع الكتب انه ان كان فيهم صبي يحتاج الى
امر القاضي البتة ولا تعرض للولي والوصي وهذا ما اختاره المصنف وذهب صاحب المختار
حيث قال ويقسم على الصبي وصيه او وليه فان لم يكن نصب له القاضي من يقسم
ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة
يعني انه اذا حضر جماعة عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان
وطلبوا القسمة لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته
وعندهما يقسم باقرارهم لان اليد دليل الملك لانه في ايديهم والاقرار دليل الصدق
ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولا او كان العقار مشترى وهذا لانه
لا منكر لهم فلا يفيد البينة بلا انكار وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة
على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة فيها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف
بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو
اي مع ذلك يجعل احدهم خصما عن الميت وعن غيره عن انفسهم لان الوارث نائب عنه
واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذ كان في قبولها فائدة الا ترى انه لو ادعى ان على الميت
دينا فاقر الوارث بذلك فاقام المدعي بينة لانها تثبت الدين على الميت حتى يتعدى على الورثة
كلهم وعلى الغرماء ولكن لذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حقه خاصة
بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفي القسمة حفظ وجعله مضمونا
على القابض فكان نصب ناظرا والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض وبخلاف العقار
المشترى لان المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يكون ابقاؤه فلم يكن القسمة قضاء
على الغير على انه روي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان العقار المشترى ايضا لا يقسم
لانه محصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة

وغير العقار

وغير العقار يقسم اجماعا لما بينا آنفا ان في قسمته حفظا وكذا العقار المشترى يعني لو حضر
جماعة وفي ايديهم عقار وادعوا انهم اشتروه من فلان قسمه بينهم لما بينا ان المبيع لا يبقى
على ملك البائع وان لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغائب وكذا العقار المذكور
مطلق ملكه يعني لو حضر جماعة وادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم
لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما اقروا لغيرهم وان برهنا اي رجلان
ان العقار في ايديهما فطلبا من القاضي ان يقسمه بينهما لا يقسم حتى برهنا انه لهما
لاحتمال ان يكون هو لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل
وهو الاصح لانهما اذا برهنا انه في ايديهما كان القسمة للحفظ والعقار لا يحتاج اليه
فلا بد من اقامة البينة على الملك كذا في الهداية قال الفاضل الزيلعي هنا هو المذكور
في الجامع الصغير والمصنف ذكر هذه المسألة بعينها قبيل هذا بقوله ودعوى الملك
لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة
البينة على انه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط هنا وهو رواية الجامع الصغير
فكان ينبغي ان يبين اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا
لان الصورة متحدة غير ان فيها اختلاف الروايتين كما رأيت وفي مثله يثبت
الروايتان ولا يذكر كل واحدة منهما على حدة لان ذلك يوهم باختلاف الصورة
على انه لا يليق في هذا المختصر الا ذكر اختلاف الروايتين انتهى
ولو برهنوا على الموت وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غائب او صبي
قسم بطلب الحاضرين ونصب وكيل للغائب او وصي للصبي ليقبض الوكيل حصة الغائب
او ليقبض الوصي حصة الصبي لان في هذا نظرا للغائب والوصي ولا بد من اقامة
البينة في هذه الصورة عند ابي حنيفة بل لزوم اقامة البينة في هذه الصورة اولى لان في
هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما يقسم باعترافهم على ما ذكرنا آنفا
من قوله ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم ولو كان العقار في يد الغائب او شيء منه
اي من العقار في يد الغائب او كان في يد مودعه او كان في يد الصغير لا يقسم لان القسمة
قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم
ومودعه ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل
بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح وذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد
الصغير او الغائب لا اقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان في
هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عنه
وكذا لو حضر وارث واحد وبرهن على الموت وعدد الورثة والعقار في يده ومعه وارث غائب
او صبي لا يقسم لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح ان يكون مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما
لان الحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما
فاين من يخاصم عن نفسه بقيام البينة عليه فيتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين
ان القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم المال وجه الظاهر ان التركة
قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق
واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للارتفاق
فيكون القسمة على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه او كانا
مشترين وغاب احدهم لا يقسم ايضا وان اقاما البينة على الشراء حتى يحضر الغائب
لان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ولو على انه اشتراها مورثه فوقعت
فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بثمنها وقيمة الولد المغرور من جهته فانتصب احدهم خصما
عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المخاصمين وصح القضاء بقيام
البينة على خصم حاضر واما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد

واذا انتفع كل واحد من الشركاء بنصيبه بعد القسمة قسم بطلب احدهم جبرا على من ابى لان في القسمة
تكميل المنفعة فكانت القسمة حقا لازما فيجب على القاضي اجابته وان تضرر الكل
بالقسمة كما في البئر والرحى والحائط والحمام لا يقسم الا برضاهم لان الجبر على القسمة لتكميل
المنفعة وفي هذا تفويتها وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره
فلا يجيب الحاكم اليه لانه اشتغال بما لا يفيده بل بما يضر لكن يجوز برضاهم لان الحق لهم وهم اعرف
بشانهم واما القاضي فلا يباشرها وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه لا سيما
اذا كان فيه اضرار واضاعة المال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع
من الاقدام على اتلاف مالهم كذا في الزيلعي وان انتفع البعض لكثرة نصيبه بها
دون البعض بل يتضرر لقلة حظه قسم بطلب ذي النفع لا بطلب الآخر لان الاول
فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلا يعتبر طلبه وذكر الجصاص على قلب هذا
لان صاحب النفع يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه فيعتبر طلبه هنا دون ذاك
وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم بطلبه لان ان طلب صاحب
القسمة فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب النفع فقد طلب ان ينتفع بنصيبه
فيجب على القاضي لكل واحد منهما والاصح ما في المتن وهو المروي عن الخصاف لان القاضي
يجب عليه ايصال الحق الى مستحقه في طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان يجيبه الى الاضرار
وفي طلب صاحب القليل ذلك وعن هذا قال فهو الاصح وقال ابن ابي ليلى لا يقسم بطلب
البعض الا اذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها
لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة فاذا ادت القسمة الى الاضرار بالبعض لم يكن مشروعا
فصار كما اذا كان كلهم لا ينتفعون بها قلنا ان طالب القسمة يطلب حقه وان ينتفع بملكه ويمنع غيره
من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال حقه والضرر الذي يلحق غيره من الانتفاع بملك الغير
لا يعتبر ذلك فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل كما لو سال الخصم لان المحكوم عليه لا بد له من الضرر غالبا
ويقسم القاضي العروض من جنس واحد لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن
عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها ولا يقسم القاضي
الجنسين باعطاء بعضها في بعض اي في مقابلة بعض بان اعطى احد المتقاسمين ثوبا والآخر حمارا
او احدهما بعيرا والآخر شاة مثلا اذ لا اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا
بل تقع معاوضة فتعتمد التراضي دون الجبر لان الاجبار للقاضي ثبت بحق التمييز لا المعاوضة
ولا الجواهر لان جهالتها متفاحشة الا ترى انها لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال
كالنكاح والخلع كما لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح ولو تزوج او خالع
على عبد يصح فاولى ان لا يجبر على القسمة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار
لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا تقسم وان اتحد تقسم كسائر الاجناس
ولا الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد ولا الحائط بين داري رجلين لانه يشتمل على الضرر
في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فاذا لم يبق لا يتحقق معنى القسمة
وهو تكميل المنفعة فلا يقسمها القاضي الا برضاهم لتعلق الحق بالجميع قوله ولا يقسم جنس الخ
وكذا لا يقسم الا برضاهم كل ما في قسمته ضرر كالبيت الصغير والباب والخشبة
وكذا لا يقسم الرقيق الا برضاهم عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الجنس متحد فيما ذكرنا والتفاوت
في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين
ويصح تسميته في النكاح مهرا ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق فاحش لتفاحش المعاني الباطنة
كالذهن والكياسة لان من العبد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح ايضا للتجارة
وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم
في واحد فيتعذر الافراز والتمييز فلا يكون قسمة وانما هي مبادلة ولا اجبار فيها
بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف الا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة

الرقيق

الا ترى ان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوانات جنس واحد فلا يجمع
وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر راس المال لم يتبين الربح ولو كان
الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنائم يجمع في الاجناس فلا
لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام ان يبيع الغنائم ويقسم
الثمن بينهم وفي غير الغنائم ليس له ان يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه
لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الارقاء وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض
والارقاء ذكور فقط او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين من الذكور والاناث لا تقسم
لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان لاختلاف المقاصد على ما عرف
ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا
وكم من شيء يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخلان في بيع الارض تبعا
ولا يجوز بيعهما وحدهما والدور في مصر واحد يقسم الكل على حدة بينهم متلازقة
كانت او متفرقة ولا يجمع نصيب احدهم في دار الا ان يتراضوا على ذلك وقالا
ان كان الاصلح قسمة بعضها في بعض جاز ان يقسم على هذا الوجه لانها جنس واحد
اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى
فيفوض الترجيح الى القاضي لانه نصب ناظرا فيعمل بما يقتضيه نظره على وجه من النظر فهو ان راى
النظر في ان يقسم كل دار على حدة فعل وان راى ان في ان يقسم جملة فعل وله ان الاعتبار للمعنى وهو
ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا
فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي
ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في
وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة كذا في الهداية والاقرحة جمع قراح وهو الارض
قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا بنت والدور في مصرين يقسم كل واحد من الدور
على حدة اتفاقا فيما رواه هلال وعن محمد انه يقسم احدهما في الآخر وكذا دار وضيعة
فان كل واحد منهما يقسم على حدة اتفاقا ولا يقسم احدهما في الآخر او دار وحانوت
فان كل واحد منهما يقسم على حدة اتفاقا ايضا ولا يقسم احدهما في الآخر لاختلاف الجنس
والمقصود منهما فلا يمكن التعديل في القسمة قال صاحب الهداية جعل الدار والحانوت
جنسين كذا ذكره الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت
وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسالة روايتان والبيوت في محلة او واحدة
او في محلات يجوز قسمة بعضها في بعض لان التفاوت بين البيوت يسير والمنازل المتلازقة
بعضها مع بعض كالبيوت يعني يجوز قسمة بعضها في بعض والمنازل المتباينة
بعضها عن بعض كالدور اي لا يجوز قسمة بعضها في بعض بل يقسم كل على حدة لان المنزل فوق
البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة
ثم اعلم ان البيت اسم لمسقف واحد والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ
يسكن فيها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل
فوق البيت ودون الدار واقله بيتان او ثلاثة وحاصل المقام ان ههنا امورا ثلاثة
والدور والبيوت والمنازل فالدور في مصر متلازقة كانت او متفرقة ولا تقسم قسمة
الا بالتراضي وقالا ينظر القاضي الى الاصلح والدور في مصرين يقسم كل على حدة والبيوت
تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقا
بعضها في بعض قسمت قسمة واحدة والا فلا لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت
بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة قال صاحب الدرر وقالا
في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه ويمضي على ذلك واما الدار والضيعة
او الدار والحانوت فيقسم كل منهما وحده لاختلاف الجنس

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة مما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع
جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه يعني ينبغي للقاسم
اذا شرع في القسمة ان يصور ما يقسمه ان يكتب على كاغد ان فلانا نصيبه كذا وفلانا كذا ليمكنه
حفظه ويرفعه الى القاضي ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويذرعه ليعرف قدره
لان قدر المساحة يعرف بالذرع ويقوم بناءه اذ ربما يحتاج اليه بالآخرة بالذال المعجمة كذا في المغرب
وربما يقع في نصيب احدهم شئ منه فيكون عالما بقيمته ويفرز كل نصيب بطريقه
وشربه لئلا يكون لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر ويتحقق معنى التمييز والافراز
على الكمال ويلقب الانصباء جمع نصيب كنصيبها انبياء بالاول والثاني والثالث
يعني يلقب نصيبا بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث وهكذا
ويكتب اساميهم اي اسماء اصحاب السهام ويقرع فالاول له النصيب الاول
لمن خرج اسمه اولا والثاني لمن خرج ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا وهكذا قال
صاحب العناية قال الامام حميد الدين صورته ارض بين جماعة لاحدهم سدسها
ولآخر ثلثها ولآخر نصفها ستة اسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي
يليه بالثاني والذي يليه بالثالث الى السادس ويكتب اساميهم ويجعلها قرعة ثم يلقيها
فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول
وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول
واللذان يليانه وفي فتاوى قاضيخان ثلاثة نفر بينهم ارض لاحدهم عشرة اسهم
وللثاني خمسة اسهم وللثالث سهم واحد فان ارادوا قسمتها يجعل الارض
على عدد سهامهم يعني ستة عشر سهما بعد ان سويت ثم يجعل بنادق سهامهم
على عدد سهامهم ويقرع بينهم والبندقة طينة مدورة يرمى بها يعني يكتب
اسامي اصحاب السهام في كاغد ثم يجعل في البندقة فاول بندقة تخرج يوضع
على طرف من اطراف السهام وهو اول السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت
لصاحب العشرة من البنادق يعطى له ذلك وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي
وضع البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين الاثنين كذلك
فاول بندقة تخرج يوضع على طرف من اطراف الستة الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي
فان كانت لصاحب الخمسة من البنادق يعطى له ذلك السهم واربعة اسهم متصلة بذلك
ويبقى السهم الواحد لصاحب الواحد وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له
الطرف الذي وضع عليه البندقة ويكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة والقرعة لتطييب القلوب
وازاحة تهمة الميل حتى لو عين القاضي لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك
قال صاحب النهاية قال في المبسوط استعمال القرعة للقاسم لا بأس به وهو استحسان
وفي القياس هذا لا يستقيم لانه في معنى القمار فانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة
والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب ودعوى الملك
وتعيين العتق ثم هنا في معنى الاستقسام بالازلام الذي كان يعتاده اهل الجاهلية
وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على انه رجس بقوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام
رجس من عمل الشيطان الآية ولكنا تركنا هذا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر ولا رد راد ثم هذا ليس في
معنى القمار لان في القمار اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا الموضع اصل الاستحقاق
لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة
فخذ انت هذا الجانب كان مستقيما الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة
لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز

الآخر

الآخر ان يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع اصحاب السفينة كما قال الله تعالى
فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم انه هو المقصود ولكن لو القى نفسه في الماء ربما نسب
ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة
مع الاحبار في ضم مريم عليها السلام الى نفسه وقد كان علم انه احق بها منهم لان خالتها كانت عنده
ولكنه استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم
ثم انه ان كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة او نائبه فليس لبعض الشركاء ان يابى ذلك
بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت الى اباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة
وان كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك
الا اذا خرج السهام كلها الا واحدا لان التمييز ههنا بالتراضي بينهم فلكل واحد منهم
ان يرجع قبل ان يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الايجاب قبل قبول الشريك
واما اذا خرج جميع السهام الا واحدا فقد تمت القسمة لان نصيب ذلك الواحد تعين
خرج او لم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة ولا يدخل الدراهم في القسمة الا برضاهم
صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء
ان يكون عوض البناء الفاضل دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض
البناء من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء الدراهم
لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمة ما
ليس بمشترك وان تراضوا على ذلك جاز فان وقع مسيل او طريق لاحدهم في نصيب آخر
ولم يشترط في القسمة صرف عنه ان امكن والا اي وان لم يمكن صرفه عنه
فسخت القسمة واستؤنفت على وجه يمكن لكل منهما ان يجعل مسيلا او طريقا
قال صاحب العناية اذا قسم القاسم الدار المشتركة بين الشركاء ووقع لاحدهم
مسيل الماء في نصيب الآخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه اولا فان
امكن فليس له ان يستطرق او يسيل في نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا
في القسمة او لم يكن لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير ضرر
بان لا يبقى لكل واحد منهم تعلق بنصيب الآخر فيصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا
تدخل فيه الحقوق وان شرطت وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة اولا
فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لبقاء الاختلاط فيستأنف
وان كان الاول لم يبق على ما فعل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل
فيدخل عند التنصيص لان القسمة فيها معنى التكميل والافراز والحقوق بالنظر
الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها
ينافي الافراز فقلنا يدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان
انتهى يقول الفقير ان تأملت ما في المتون وما في العناية تجد بينهما من المخالفة
ما لا يخفى فعليك بالتلفيق بينهما ويقسم البيت سهمين من العلو بسهم من السفل
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يقسم سهما بسهم وعند محمد يقسم بالقيمة صورة
المسئلة ان يكون علو مشترك بين رجلين وسفل لرجل او سفل مشترك بين رجلين والعلو لغيرهما
فطلبا القسمة من القاضي او طلب احدهما فعند ابي حنيفة يحسب في القسمة سهم من السفل بسهمين
من العلو وقال ابو يوسف يحسب في القسمة سهم من السفل بسهم وان كانت قيمة احدهما
ضعف قيمة الآخر وقال محمد يقسم على قيمة السفل والعلو قيل اجاب كل منهم على عادة
اهل عصره فان ابا حنيفة اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في اختيار السفل
وابو يوسف اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى
ومحمد اجاب بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان فقال انما يقسم على القيمة وقيل اختلافهم
فان ابا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل
فكانت منفعته ضعف منفعة العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى

وابو يوسف يقول هما متساويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل
ان يفعل فيه ما لا يضر بالآخر حتى لو كان لصاحب العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل
ولصاحب السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان
ومحمد يقول العلو بناء وكذا السفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة
لان في بعض البلدان ان قيمة العلو اكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل اكثر
وقيل في كل موضع يكثر النداوة فيه يختار العلو على السفل وفي كل موضع يشتد فيه البرد
ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك ايضا باختلاف الاوقات
كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيها الا بالقيمة ووقع ههنا
في العناية والنهاية تفصيل متعلق بما وقع في الهداية من الاجمال المغني عنه التفصيل
ان شئت فراجعهما وعليه اي على قول محمد الفتوى كذا في الهداية وقال صاحب
النهاية كذا في المبسوط فان اقر يقول الفقير والظاهر فان اقر بالعين او قد تبرع
احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى ان بعض نصيبه في يد صاحبه بعد ما شهد على
نفسه بالاستيفاء لا يصدق الا ببينة لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط
يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل دعوى الغلط الا ببينة وان لم يجد البينة
استحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا حلفوا عليه لرجاء النكول
فمن حلف منهم تخلص ومن لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي
فيقسم بينهما لان نكوله حجة عليه كاقراره ولا يكون حجة على غيره ثم انهم قالوا وينبغي ان لا تقبل
دعواه اصلا للتناقض واجيب بانه القاسم امين وهو اعتمد على فعله فاقر ثم لما تأمل
حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق
وتقبل شهادة القاسمين فيها اي في القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف يعني اذا انكر بعض
الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان انه استوفى حقه تقبل شهادتهما
سواء كان من جهة القاضي او من غيره عندهما خلافا لمحمد وهو قول ابي يوسف اولا
وبه قال الشافعي لانهما شهدا على فعل انفسهما لتصحيح تصرفهما فلا تقبل كمن علق
عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على الاستيفاء
والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير وقال الطحاوي اذا قسما باجر
لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجر
عليه فكانت شهادة صورة دعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة
الى انفسهما مغنما لان الخصوم توافقوا على ايفائهما العمل المستاجر عليه
وهو التمييز وانما الخلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم
واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير يقول الفقير وقعت هذه
المسألة متفرعة على مسألة الغلط بعد الاقرار بالاستيفاء في الهداية والكنز والدرر
ومجمع البحرين ولطائف الاشارات ومتن التسهيل ووقعت بعدها في المختار والوقاية
ومن تبعهما فاوهم ما اوهم من الاختلاف في شهادة القاسمين فيما ادعى احد المتقاسمين
ان بعض نصيبه في يد صاحبه بعدما اقر بالاستيفاء لكن لم ينقل هذا الاختلاف في هذه
الشهادة في الكتب اصلا بتتبع مجد فلعل من وضعها قبل دعوى الغلط على ما وقع في
الكتب الكثيرة حمل ان ما يفهم من صدر الشريعة والاختيار ان الاختلاف في قبول
شهادة القاسمين بالاستيفاء وعدم قبولها لا في قبول شهادتهما بما ادعى احد
المتقاسمين ان بعض نصيبه في يد صاحبه بعد ما اقر بالاستيفاء وعدم قبولها
فان قيل يمكن الغلط ان يكون الاختلاف في قبول شهادة القاسمين مطلقا سواء كانت
بالاستيفاء او بالغلط بعد ما اقر بالاستيفاء فلذا اخرجها عن مسألة دعوى الغلط
قلنا نعم كان يمكن ان يوجه على هذا اذا وجد الاختلاف في قبول شهادتهما بالثاني في الكتب صريحا ولم يوجد

وان قال احد

وان قال احد المتقاسمين بعد ما اقر بالاستيفاء قبضته اي نصيبي ثم اخذ صاحبي
بعضه بعد ما قبضته حلف خصمه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر والقول للمنكر مع يمينه
قال صاحب التسهيل ولا فرق بين هذه المسألة وبين المسألة الاولى في ان الخصم
يحلف فيهما اذا لم يكن له بينة الا انه في الاولى ينبغي ان لا يسمع دعواه كما مر
بخلاف الثانية انتهى يقول الفقير خطر ببال الفقير ما قال قبل ان رآه فلله الحمد
على ما وفق بآراء الفضلاء وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابني كذا ولم
ما اصابني من حقي الي وكذبه الآخر وقال ليس حظك ما ادعيت تحالفا وفسخت
القسمة لانهما اختلفا في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار
المبيع على ما ذكرنا في احكام التحالف في الدعوى ولا تحالف لو اقر بالاستيفاء ثم ادعى
ان في يد صاحبه ولم يسلم اليه لانه لا يصح دعواه للتناقض ولا تحالف عند عدم صحة
قال صاحب التسهيل هذه هي المسألة بعينها واجاب هنا بانه تقبل دعواه
لكن ينبغي ان لا تقبل للتناقض فظهر ان في المسألتين روايتين انتهى ولو ادعى
احد المتقاسمين غبنا في القسمة لا يعتبر كالبيع اي كما لا اعتبار بدعوى
الغبن في البيع لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي
والغبن فاحش فتفسخ القسمة لان تصرف القاضي مقيد بالعدل والنظر
فاذا لم يوجد فيه تفسخ وقال صاحب الكافي تفسخ سواء كانت بقضاء
او بالتراضي اذا كان الغبن فاحشا هو الصحيح انتهى قال صاحب النهاية وحكى
عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان يقول للقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى
لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع من المالك لا تصح لانه لا فائدة
فان البيع من المالك لا ينتقض بالغبن الفاحش واما البيع من غير المالك فينتقض
بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصي وللقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى
لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث
القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش كان فوات شرط القسمة فانتفى فيجب نقضها
والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الاول وبعض مشايخ عصره كانوا
يأخذون بالقول الثاني وفي فتاوى قاضيخان جعل القول الاخير قول
وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل تسمع دعواه الغلط والغبن فيما قسم بينهم
بالتراضي وله ان يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي وهو الصحيح انتهى
ولو استحق بعض معين من نصيب البعض لا تفسخ القسمة ويرجع البعض بقسطه
في حظ شريكه كما اذا كانت الدار بينهما نصفين فقسمت فاستحق من نصيب احدهما
هو جهة اذرع رجع بنصف المستحق في نصيب صاحبه وكذا لا تفسخ في الشائع
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف تفسخ وصورته انهما اقتسما فوقع النصف الغربي
لاحدهما فاستحق النصف الشائع من هذا النصف الغربي لا تفسخ القسمة
عند ابي حنيفة ولكن يخير المستحق منه ان شاء رجع بحصته ذلك في نصيب صاحبه
وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وعند ابي يوسف تفسخ البتة ومع ابي يوسف
على رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي حفص وهو الصحيح لابي يوسف
ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض
شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز
بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مفرزا بينهما ليس للثالث فيه نصيب شائع
ولابي حنيفة ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جاز
القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث

والنصف المؤخر بينهما لاشتركة بينها لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما
من المقدم وربع المؤخر يجوز مكتفا في الاثنيها فصار كاستحقاق شيء معين بخلاف
الشايع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في
ولو استحق في بعض شايع في الكل تفسخ القسمة اجماعا يقول الفقير بقي هنا
احتمال آخر وهو ان يستحق بعض معين من نصيب كل منهما كذكر هنا في
قال صدر الشريعة اقول لا تفسخ القسمة بل يجعل هنا المستحق كان لم يكن فان كان الباقي
في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا يرجع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيبه
احدهما يرجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة اذرع خمسة
من نصيب هذا وخمسة من نصيب ذلك فلا يرجع وان كانت اربعة من هنا
وستة من ذلك يرجع الثاني على الاول بذراع انتهى ولو ظهر بعد القسمة دين
على الميت محيط بما لم نقضت القسمة لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع
الملك لهم فيها وكذا تنقض القسمة لو ظهر دين لكنه غير محيط بما لم تتعلق
حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة بلا قسمة ما يفي به اي بالدين
فح لا تنفسخ لعدم الحاجة الى الفسخ لبقاء شيء من التركة لم يقسم ويفي بالدين
ولو ابرا الغرماء ذمم الورثة من ديونهم او اداه اي الدين الورثة من مالهم لا تنقض
القسمة مطلقا اي سواء كان الدين محيطا او غير محيط لزوال المانع

فصل

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المنافع
واخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها قال صاحب العناية والاحسن ان الترجمة
بالباب اولى لان المهاياة ليست من احكام باب الدعوى لغلط لكنها باب من القسمة
فينبغي ان تفرد في باب على حدة ويجوز ان يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه
يقول الفقير وجه النظر معلوم لمن تأمل والمهاياة في اللغة من الهيئة وهي الحالة
الظاهرة للمتهيئ للشيء وقد تبدل الهمزة الفا والتهايؤ تفاعل منها وهي
ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها
او ان الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول يقال
هايئ فلان فلانا وتهايئ القوم وهي في عرف الفقهاء عبارة عن قسمة المنافع
ويجوز المهاياة استحسانا والقياس يأباه لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين
في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك الآخر بملكه في نوبته لكنا
تركنا القياس بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
وهو المهاياة بعينها والسنة ما روي انه صلى الله عليه وسلم قسم في غزوة بدر كل بعير
بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبونه في الركوب وعلى جوازها انعقد الاجماع الامة
ودل المعقول ايضا على جوازها وهو انها جازت للحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع
على الانتفاع من عين واحدة فاشبهت القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي
فكانت المهاياة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشايع في مكان معين
فجرت المهاياة في المنافع مجرى القسمة في الاعيان ولو لم يجز المهاياة لادى الى تعطيل الاعيان
التي لا يمكن قسمتها وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فيجوز ضرورة
كقسمة الاعيان الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ
ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ

ويجبر عليها اي على المهاياة اذا طلبها بعض الشركاء في دار واحدة متعلق بقوله ويجوز ويجبر
على سبيل التنازع بان يسكن هذا الشريك بعضا اي بعض الدار وهذا الشريك بعضها آخر
من الدار او هذا يسكن في علوها وهذا في سفلها لان القسمة على هذا الوجه جائز فكذا
المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز جميع الانصباء لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح
لانها لا يجوز في الجنس نسيئة للربا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل في تكملة
الفاضل الزيلعي وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يتصرف في المنفعة فيما
صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور ان يكون افرازا للكل او عارية
في البعض والعارية غير لازمة والمهاياة لازمة وقيل هو افراز من وجه مبادلة من وجه
كقسمة الاعيان والاوجه انها افراز من كل وجه في المهاياة في المكان ولهذا لا يشترط التأقيت
وفي الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فيكون مبادلة من وجه
وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهاياة في المكان دون الزمان انتهى
ويجوز المهاياة في بيت صغير يسكنه هذا شهرا وهذا شهرا لان المهاياة قد تكون
في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولكل اي لكل واحد منهما الاجارة
اي اجارة ما اصابه واخذ الغلة في نوبته متعلق بالاجارة لانها قسمة المنافع وقد
وشرط بعضهم في جواز الاستغلال ان يشترط في العقد وليس بشيء كذا في الاختيار
ويجوز المهاياة في عبد واحد يخدم العبد هذا يوما وهذا يوما لما مر ان المهاياة تكون
في الزمان والمكان استيفاء للمنفعة بقدر الامكان فحين تعذر المكان تعين الزمان
وفي عبدين يخدم احدهما احد العبدين احدهما اي احد الشريكين ويخدم العبد
الآخر الشريك الآخر اما عندهما فظ لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة
واما عند ابي ح رح فروي عنه انه لا يجوز الا بالتراضي لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر
فكذا منفعة والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة
قلما يتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم
ولو اتفقا على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا لان العادة جرت
بالمسامحة في طعام المماليك فلا تفضي الجهالة الى النزاع ونظيره استيجار الظئر
لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة لجريان العادة بالسماحة لاجل الولد بخلاف الكسوة
ويجوز في دارين يسكن هذا الشريك هذه الدار ويسكن هذا الشريك الآخر الدار
ويجبر القاضي عليه اذا طلب احد الشريكين وهذا عندهما ظ لان الدارين عندهما كدار
حتى يجري الجبر على قسمتها على هذا الوجه عندهما فكذا التهايؤ وكذا عنده لان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا كالاعيان المتفاوتة
بخلاف القسمة لانه يكثر التفاوت في اعيانها فالتحقت بالاجناس المختلفة فهذا روي
وقد قيل لا يجبر على التهايؤ عنده فيهما اعتبارا بالقسمة وروي عنه انه لا يجوز التهايؤ
فيهما اصلا لا بالجبر ولا بالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى ولا يجوز ذلك
في دابة يركب هذا يوما وهذا يوما او دابتين يركب هذا هذه وهذا الاخرى
الا بتراضيهما عند الامام خلافا لهما اعتبارا بقسمة الاعيان يعني ان القاضي
يقسم الحيوان بينهما جبرا فكذا هنا منافعه ولابي ح ان الاستعمال يتفاوت
فان منهم حاذقا وجاهلا فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه بخلاف العبد لانه يخدم
باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة يتحملها ويجوز المهاياة في استغلال دار
يستغلها هذا شهرا ويأخذ غلتها وهذا شهرا ويأخذ غلتها او دارين هذا هذه يعني
هذا الشريك يستغل هذه الدار ويأخذ غلتها وهذا الشريك الآخر يستغل الدار الاخرى ويأخذ
لا في استغلال عبد واحد او دابة واحدة وجه ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه

وما زاد في نوبة احدهما في الدار الواحدة من الغلة على الغلة في نوبة الاخر مشترك تحقيقا
للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل
فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة في الاستغلال من بعد لا في الدارين
يعني لو تهايا على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة احد الدارين لا يشتركان في الفضل
لان معنى الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل
الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول
فاعتبرناه قرضا كانه اقرض من غلة هذا الشهر على ان يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني
ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما
وفي استغلال عبدين هذا هذا وهذا الاخر يعني يستغل هذا الشريك هذا
العبد ويأخذ غلته ويستغل الشريك الاخر العبد الاخر ويأخذ غلته لا يجوز
عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المعادلة بينهما ممكن لاتحاد وقتهما وكذا يجوز قسمة
رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وغلتهما فصار كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد
حيث لا يجوز لانه لا يتأتى الا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال
لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد
حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولان الخدمة يجري فيها التسامح عادة فلا يلحقه
كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة ان التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة
لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال
وان التهايؤ في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بان وقع متعاقبا في عبد
واحد فلان يمتنع عند اختلاف المحل اولى وعلى هذا الخلاف الدابتان
والوجه من الجانبين بيناه في الركوب ولا يجوز المهاياة في ثمرة شجرة او لبن غنم
او اولادها لانها اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ
لان التهايؤ في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها بخلاف لبن ابن ادم
حيث يجوز المهاياة منه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايا
بان ترضع احديهما ولد احدهما والاخرى ولد الاخر جاز لان لبن ابن ادم لا قيمة له
فجرى مجرى المنافع والحيلة في مثلها ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد ما مضى
نوبته او ينتفع باللبن بقدرا معلوما استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز
ويجوز المهاياة في عبد ودار على السكنى والخدمة يعني لو كان عبد ودار مشتركين
بين اثنين فتهايا على ان يسكن في الدار احدهما ويخدم العبد الاخر يجوز لان التهايؤ
يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى ان يجوز وكذا يجوز المهاياة
في كل مختلفي المنفعة كسكنى الدار وزرع الارض وكذا الحمام والدار وحاصل الامر
ان مسائل التهايؤ ثلاثة عشر مسئلة ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا
في استخدام عبدين وكذا التهايؤ في استغلال عبد واحد او دابة لا يجوز بالاتفاق
وفي العبدين والدابتين الخلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق
وكذا يجوز التهايؤ في غلتها وكذلك في سكنى دارين وكذا في غلتهما في الاصح وفي ركوب دابة او دابتين
على الخلاف ولا يجوز في استغلال دابة بالاتفاق وفي دابتين على الخلاف والتهايؤ
في ثمرة شجرة او لبن غنم لا يجوز والتهايؤ في كل مختلفي المنفعة يجوز بالاتفاق
ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانها لو انتقضت لا ستانفها الحاكم
الجواز ان يطلب الورثة المهاياة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو طلب
احدهما القسمة بطلت يعني لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة كالدار والارض ونحوهما ثم
طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ في استكمال المنفعة من المهاياة والله اعلم

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من انواع ما يقع القسمة ذكر المزارعة بعدها وهي مفاعلة من الزرع
في اللغة وهي الحرث والفلاحة وتسمى المزارعة مخابرة مشتقة من خيبر فانه عليه السلام
وقع خيبر مزارعة فسميت المزارعة مخابرة لذلك وعن ابي عبيدة المخابرة مشتقة من الخبير
وهو الاكار لمعالجته الخبار وهو الارض الرخوة وقيل من الخبرة بالضم وهي النصيب
وعن ابن عمر رضي الله عنهما كنا لا نرى بالخبر باسا حتى زعم رافع بن خديج انه صلى الله
عليه وسلم نهى عن ذلك كل ذلك من المغرب في باب الخاء المعجمة مع الباء الموحدة
وفي الشريعة هي اي المزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج وهي اي المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة
وعندهما جائزة لما روي انه صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر
او زرع ولانه عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة
والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي الى العمل
قد لا يجد مالا فمست الحاجة الى انعقاد عقد المضاربة بينهما وكذلك المزارعة
بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزائد لانه لا اثر للعمل فيها
في حصول الزيادة فلم يتحقق الشركة مع انه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل الصحابة
والتابعين والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة ما روي انه
صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة فقال المزارعة بالثلث او الربع
وروي انه صلى الله عليه وسلم نهانا عن امر كان لنا نافعا نهانا اذا كان لاحدنا ارض
ان يعطيها ببعض الخارج بثلث او نصف وقال من كانت له ارض فليزرعها او
يمنحها اخاه وهذا متاخر عما كانوا يتعاملون به من الاباحة وتعاملهم فاقتضى نسخه
ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او
معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة
بطريق المن عليهم والصلح معهم وهو جائز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو ان يوظف
الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق ارضهم والثاني خراج مقاسمة وهو ان
يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث او نحو ذلك جزءا شائعا
والدليل على ذلك انه صلى الله عليه وسلم لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها
لان المزارعة لا يجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة والدليل عليه ايضا ما روي
عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سالته اليهود
ان يقرهم بها على ان يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك
ما شئنا رواه البخاري ومسلم واحمد وهذا صريح بانها كانت خراج مقاسمة وانهم
كانوا ذمة للمسلمين والفيء اذا قر على ارضه بقيت على ملكه وما ياخذ من ارضه خراج
ولفظ البخاري اعطى خيبر اليهود ان يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها
والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان معنى الشركة فيها اغلب حتى صحت بدون ضرب المدة
ولا تنعقد لازمة اصلا فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد
يعقد على العمل خاصة كما في شركة الاعمال فما ظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة
لانها اجارة حتى يشترط لها ضرب المدة وتنعقد لازمة وانما كان لصاحب البذر
ان يفسخها للعذر والاجارة تنفسخ بالاعذار الا ترى انه ليس له ان يفسخ بعد ما بذر في الارض
فامتنع القياس عليها والحيلة للجواز عنده ان يستاجر العامل باجر معلوم الى مدة معلومة
فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك
بتراضيهما كما في سائر الديون اذا اعطاه خلاف جنسه ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على
صاحب البذر اجر المثل للعامل او للارض والغلة له لانها نماء ملكه وبهما اي بقولهما يفتى
لحاجة الناس اليها ولتعاملهم والقياس قد يترك بالتعامل للضرورة كما في الاستصناع

قال الحصيري وابو حنيفة رحمهما الله هو الذي فرع هذه المسائل على اصولهما
اي على اصول الامامين يقول الفقير وهو غلط ولكن وقع في بعض النسخ على اصوله بضمير الموحد
وكذا وقع في نسخ المختلف على اصوله فالظاهر ان ضمير المفرد راجع الى الفرع فيكون المراد ان ابا حنيفة
لما لم يجوز المزارعة اصلا كان المناسب ان لا يتولى تفريع ما يتعلق بها لكنه مع ذلك فرع مسائل
المزارعة على الاصول التي سهدها واصلها كانه قال لو جوزتها لكانت تجوز في كذا وكذا
ولا تجوز في كذا وكذا تنبيه لعلمه ان الناس يأخذون فيها بقوله لحاجتهم اليها وتعاملهم
ويشترط فيها اي في المزارعة صلاحية الارض للزرع لان المقصود لا يحصل بدون كونها
صالحة للزراعة ويشترط اهلية العاقدين اي ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد
لان العقد لا يصح الا من الاهل ويشترط تعيين المدة بان يقول الى سنة او سنتين
او ما اشبهه لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل وهي انما تعرف بالمدة
ويشترط ان يكون المدة قدر ما يمكن فيها من الزراعة حتى لو بين مدة لا يمكن فيها من الزراعة
فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش اليها مثلهما او مثل احدهما غالبا ٠

وعن محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة وتقع على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه ابو الليث
ويشترط تعيين رب البذر لان المعقود عليه وهو منافع العامل او منافع الارض لا تعرف
الا ببيان من عليه البذر لانه المستأجر فبيانه يعرف ما عقد عليه عقد الاجارة من منافع الارض
وحكي عن بعض مشايخ بلخ ان بيان من عليه البذر انما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر
ان البذر على من يكون او كان العرف مشتركا اما في كل موضع كان فيه عرف ظاهر ان البذر
على من يكون لا يشترط بيان من عليه البذر لان المعروف كالمشروط ٠
ويشترط تعيين جنسه اي جنس البذر لان الاجرة من جنس البذر اذ هو جزء من الخارج
فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا
لا يحصل الخارج الا بعمل كثير قال صاحب النهاية وهذا قياس
وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع او لم يفوض
بعد ان ينص على المزارعة هكذا ذكره شيخ الاسلام في اول المزارعة وذكر
في موضع آخر ان بيان ما يزرع في الارض شرط من غير ذكر القياس والاستحسان
وهذا اقرب الى الصواب الا اذا عمم بان قال ما بدا لك وكان البذر من جهة المزارع
او قال ما بدا لي وكان البذر من جهة رب الارض وان لم يكن شيء من ذلك حتى فسدت
المزارعة فهي عنها بعد ذلك ينقلب العقد جائزا لان جنس البذر صار معلوما
حال تأكد المزارعة وهو نظير ما لو استأجر دابة للحمل ولم يبين ما يحمل عليها
حتى فسدت الاجارة ثم حمل عليها بعد ذلك شيئا ينقلب العقد جائزا كذا هنا انتهى
ويشترط تعيين نصيب الآخر اي نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحق عوضا بالشرط
فلا بد ان يكون معلوما وما لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد ويشترط التخلية
بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل حتى لو شرط عمل رب الارض مع العامل
يفسد العقد لفوات التخلية ويشترط الشركة في الخارج بعد حصوله لانها تنعقد
فتنعقد اجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد
فتفسد المزارعة ان شرط لاحدهما قفزان جمع قفيز معينة لانه يؤدي الى قطع الشركة
في البعض المسمى او في الكل اذا لم تخرج الارض اكثر من ذلك فصار كاشتراط دراهم
معدودة لاحدهما في المضاربة او شرط لاحدهما ما يخرج من موضع معين لانه اذا شرط
لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع
كالماذيانات جمع ماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه الماء
ثم يسقى منه الارض كذا في المغرب والسواقي جمع ساقية وهي فوق الجدول ودون النهر
كذا في المغرب يقول الفقير فعلى هذا لا يوجد الفرق بين الماذيانات والسواقي ٠

وآلقفيز مكيال ثمانية مكاكيك
ومن الارض قدر مائة واربعة واربعين ذراعا
والجمع اقفزة وقفزان
قاموس

اللهم الا ان يقع احدهما اوسع من الآخر والاشارة في كلام الفاضل الى ذلك
حيث قال والماذيان فوق الساقية فعلى هذا يلزم على صاحب المغرب ان يقول في تفسير الساقية وهي
دون الساقية وفوق الجدول ويقتصر عليه تدبر وقال صاحب الدرر والماذيانات اي
السواقي وقال صاحب القاموس الساقية النهر الصغير والماذيانات تفتح الذال
او ما ينبت حول السواقي ثم يقول الفقير لا يخفى ما في اتيان المص بهما بطريق التمثيل لا يخلو
من التجوز ولقد احسن صاحب الدرر حيث قال بعد قوله او ما يخرج من موضع معين
او على الماذيانات او السواقي وكذا صاحب الهداية حيث قال وكذا اذا شرط
ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما انتهى وكذا تفسد اذا شرط لاحدهما
ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى لجواز ان يحصل الريع في الناحية
المشروطة لاحدهما دون الاخرى فيفضي ذلك الى قطع الشركة ايضا او شرط
ان يرفع قدر البذر لصاحب البذر او شرط ان يرفع قدر الخراج والارض خراجية
ويقسم ما بقي بعد رفع قدر البذر او قدر الخراج بينهما لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين
او في الجميع بان لم يخرج الا قدر البذر او الخراج والمراد من الخراج الخراج الموظف
واما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث او الربع فيجوز كما اذا شرط رفع العشر
وقسمة الباقي والارض عشرية كما سيجيء عن قريب ان شاء الله تعالى
او شرط ان يكون التبن

بينهما والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب وان شرط
كون الحب بينهما والتبن لرب البذر او شرط رفع العشر من الخارج والارض عشرية
والباقي بينهما صحت المزارعة اما الاولى فلانه شرط موافق لحكم العقد لانه نماء ملكه
واما الثانية فلان العشر مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين ولا في
الجميع وكذلك اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما
وان شرط كون الحب بينهما ولم يتعرض للتبن صحت المزارعة لاشتراكهما فيما
هو المقصود وهو الحب فيكون التبن بينهما عند البعض اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه
المتعاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه وقيل يكون التبن لرب البذر لانه نماء ملكه
وفي حق لا يخرج الى الشرط كنصيب رب المال في المضاربة واجر الحصاد والرفاع
بفتح الراء المهملة والفاء ان يحمل الحصيد الى البيدر وكسر الراء لغة فيه كذا في المغرب والدياس
بفتح الدال وبالسين المهملتين بالفارسية خرمن كوفتن والتذرية بالذال المعجمة والراء
المهملة بالفارسية باد دادن يقال ذريت الحنطة اي اذهبت تبنها عليهما اي على العامل
ورب الارض بالحصص لان الغرم بالغنم فان شرط اجر على العامل فسدت المزارعة
لان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد
فيجب مؤنته عليهما فاذا شرط على العامل يكون شرطا لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين
فيكون مفسدا وعن ابي يوسف انه اذا شرط على العامل يصح للتعامل اعتبارا بالاستصناع
وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي وهذا هو الاصح في ديارنا وعن هذا قال
وهو الاصح وعليه الفتوى وشرطه اي شرط اجر المذكورات على رب الارض مفسد
اتفاقا لعدم العرف فيه وما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على المزارع
وان لم يشترط لان المعقود عليه فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل
وما كان من عمل بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس
واشباههما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن واشباههما فهو عليهما
كذا في الهداية قال صاحب العناية لكن ما هو قبل القسمة على الاشتراك
وما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما على ملك الآخر

وإذا كان البذر والأرض لأحدهما والعمل والبقر للآخر أو كان الأرض لأحدهما والبقية
للآخر أو كان العمل لأحدهما والبقية للآخر صحت المزارعة أما الأولى فلأن صاحب البذر والأرض
استأجر العامل للعمل والبقر آلة العمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بإبرة
نفسه أو صباغا ليصبغ ثوبا بصبغ من عنده وأما الثانية فلأن رب البذر استأجر الأرض
بجزء معلوم من الخارج ولو استأجرها بأجر معلوم من الدراهم والدنانير صح فكذا إذا
استأجرها بذلك وأما الثالثة فلأن صاحب الأرض استأجر العامل ليعمل بآلة المستأجر
فيصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بإبرة المستأجر
وإن كانت الأرض والبقر لأحدهما والبذر والعمل للآخر بطلت المزارعة
لأن رب البذر استأجر الأرض وما شرط البقر على صاحب الأرض فهو مفسد للإجارة
لأن البقر لا يمكن أن يجعل تبعا للأرض لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض
لأن منفعتها الإنبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وفي شرط التبعية الاتحاد
بخلاف ما إذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لأن البقر أمكن جعله تبعا لاتحاد المنفعة
لأن منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كإبرة الخياط وهو ظاهر الرواية
وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا والقياس يرده ولأنه لو شرط البذر
والبقر على رب الأرض يجوز فكذا إذا شرط وحده فصار كجانب العامل
وكذا تبطل لو كان البذر والبقر لأحدهما والأرض والعمل للآخر
لأن كل واحد من البذر والبقر لم يصح عند الانفراد بأن كان أحدهما البقر لا غير
أو البذر لا غير فلم يصح عند الاجتماع أيضا أو كان البذر لأحدهما والباقي للآخر
لأن صاحب البذر مستأجر للأرض ولا بد من التخلية بين المستأجر وبين ما استأجره
في عقد الإجارة وتنعدم التخلية هنا لأن الأرض تكون في يد العامل فلهذا فسد
العقد ولأنه يتم شركة بين البذر والعمل لأن عمل البقر تبع لعمل الرجل والأرض
لا تتبع العمل ولم يرد به الشرع بقي صورة أخرى وهي أن يكون البقر من واحد والكل
من آخر قالوا هي فاسدة وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الأرض
وحدها فإنه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجر العامل والأرض
والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة أصلا لما فيها من الاستئجار
ببعض الخارج وهو لا يجوز وإنما تركناه بالأثر والأثر ورد في استئجار العامل
أو الأرض فبقي ما وراءه على الأصل إذا استئجار البقر بأجرة غير ثابتة ولا
في الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك في استئجار الأرض أو العامل في المزارعة
فيقتصر عليه كذا في الزيلعي يقول الفقير نعلم من هذا أن المزارعة بالتقسيم العقلي
على سبعة أوجه لأنه إما أن يكون الواحد من أحدهما والثلاث من الآخر وهذا على
أربعة أوجه وهو أن يكون الأرض أو العمل أو البذر أو البقر من أحدهما والباقي
من الآخر فالأولان جائزان والثالث غير جائز والرابع فيه من كونه لكن هنا
غير جائز كالثالث وإما أن يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو ثلاثة أوجه
وذلك أن يكون الأرض مع البذر أو مع البقر أو مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر
والأول جائز دون الأخيرين تدبر وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام
والمسلمون على شروطهم وهذا لأن العقد إذا كان صحيحا يجب فيه المسمى
وإن لم يخرج من الأرض شيء فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج
وهذا لأنها إما إجارة أو شركة فإن كانت إجارة فالواجب في العقد الصحيح المسمى
وهو معدوم فلا يستحق غيره وإن كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره
فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت المزارعة ولم يخرج من الأرض شيء حيث
يستحق أجر المثل في الذمة وعدم الخارج لا يمنع من وجوبه في الذمة كذا في الزيلعي

ومن أبى عن المضي على موجبها بعد العقد أجبر إلا رب البذر يعني إذا عقدت المزارعة
فامتنع رب البذر فله ذلك قبل إلقاء البذر لأنه لا يتوصل إلى الوفاء بالعقد إلا
بإتلاف البذر ويتضرر به لأنه لا يدري هل يخرج أم لا فصار نظير ما استأجر
ليهدم داره ثم امتنع وبعد إلقاء البذر يجبر وإن امتنع العامل أجبره الحاكم على العمل
لأنه لا يلحقه به ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة فلا يفسخ من غير عذر كالمرض المانع
من العمل والدين الذي لا وفاء عنده إلا ببيع الأرض فينفسخ بمثل هذا المزارعة على ما يجيء عن قريب (والافتاء المحيط صح)
وإن فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر لأنه نماء ملكه والفرع يملك بملك الأصل
وإنما يستحق الآخر بالتسمية فإذا فسدت كان النماء كله لرب البذر وللآخر
أجر مثل عمله إن كان رب البذر صاحب الأرض وأجر مثل أرضه إن كان رب البذر العامل
ولا يزاد الأجر على ما شرط عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه رضي بسقوط الزيادة
خلافا لمحمد فإنه يجب له أجر المثل بالغا ما بلغ لأنه استوفى المنافع بعقد فاسد
فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها حتى يرد عينها وإن فسدت المزارعة لكون الأرض
والبقر فقط لأحدهما لزم أجر مثلهما أي أجر مثل الأرض والبقر لأنه استوفى منفعة
الأرض والبقر بحكم عقد فاسد فيلزم أجر مثلهما هو الصحيح احترازا عما قيل أنه يلزم
مثل أجر الأرض مكروبة وأما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا
ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد
العقد إذ المنافع لا تتقوم إلا بالعقد لكن الصحيح أن عقد المزارعة من جنس
الإجارات لما مر ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الإجارة فينعقد عليها
عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب أجر مثله كما يجب أجر مثل الأرض
وإذا فسدت المزارعة بوجه من وجوه الفساد والبذر لرب الأرض فالخارج كله
حلال له لأن النماء حصل في أرض مملوكة له وإن فسدت والبذر للعامل تصدق بما فضل
عن قدر بذره وعن أجرة الأرض لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض
وهي غير مملوكة وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثا فيه فما سلم للعامل عوض
طاب له وما لا عوض له تصدق به وإذا أبى رب البذر عن المضي وقد كرب
العامل الأرض أي قلبها للحرث فلا شيء له أي للعامل في عمل الكراب حكما
لأن عمله إنما يتقوم بالعقد والعقد قوم العمل بجزء من الخارج ولا خارج بعد
ويسترضي العامل ديانة يعني عدم كون شيء للعامل بمقابلة الكراب حكم القضاء
وأما فيما بينه وبين ربه فيلزمه أن يعطي العامل أجر مثل عمله لأنه إنما اشتغل بإقامة
هذه الأعمال ليحصل له نصيبه من الخارج فإذا أخذ الأرض منه فقد غره والغرر
مدفوع فيفتى بأن يطلب رضاه وتبطل المزارعة بموت أحدهما أي أحد العاقدين
وتفسخ بالأعذار كالإجارة تنظير للموت والفسخ بالأعذار كليهما فتفسخ المزارعة
إن لزم دين محوج إلى بيع الأرض بأن لا يكون عنده ما يفي بالدين غير هذه الأرض
قبل نبات الزرع لا بعده إلا بعد نبات الزرع قيد لبطلانها بالموت
وفسخها بالأعذار يعني وتبطل بالموت وتفسخ بالأعذار قبل نبات الزرع
ولا تبطل ولا تفسخ بعد نبات الزرع ما لم يحصد أما عدم بطلانها بالموت
بعد نبات الزرع وبقاء العقد إلى أن يستحصد فللنظر للمزارع ما لم يحصد
أما عدم ~~بطلانها بالمعنى~~ لأن في الزرع غير مستحصد فلا يجوز إلحاق الضرر إلى
غير المتعدي فلو كان دفعها إلى ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم
يستحصد ومات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع فينقسم على
الشرط ثم ينتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى

مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيعمل فيها بالقياس هـ

واما عدم فسخها بالاعذار كلزوم دين محوج الى بيع الارض بعد نبات الزرع فلان
في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اضرار بالغرماء ولكن ضرر التاخير اهون من ضرر
الابطال فيتاخر البيع في الدين الى وقت الحصاد ويخرجه القاضي من الحبس ان كان
حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض قبل الحصاد لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم
ولا شيء للعامل ان كان كرب الارض او حفر النهر لان المنافع انما تتقوم
بالعقد وهو انما قومها بالخارج واذا انعدم الخارج لا يجب شيء
وان مضت مدتها اي مدة المزارعة قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض
حتى يدرك يعني يجب اجر مثل ما فيه حصته من الارض الى ان يستحصد الزرع فيعطي العامل
صاحب الارض اجر مثل الارض في حق نصيبه من الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف
كان عليه اجر مثل نصف الارض وعلى هذا لان العقد قد انتهى بمضي المدة الا
ان في قلعه ضررا فبقيناه باجر المثل الى ان يستحصد بخلاف ما اذا مات احدهما
قبل ادراك الزرع حيث يترك الى ان يستحصد ولا يجب على العامل شيء لانا
بقينا عقد الاجارة هناك استحسانا بقاء سنة الاجارة وامكن ابقاء العامل
او وارثه على ما كان من العمل اما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين ايجاب اجر المثل
بالابقاء كذا في الزيلعي ونفقة الزرع عليهما بقدر حصتهما يعني نفقة الزرع
مثل اجر الحفظ وكري الانهار بعد انقضاء المدة عليهما على قدر حقوقهما
لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستاجر في المدة فاذا مضت المدة
انتهى العقد فيجب عليهما مؤنته على قدر ملكيهما لانه مال مشترك بينهما
بخلاف ما اذا مات احدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل
لبقاء العقد فان انفق احدهما بغير اذن الاخر ولا امر قاض فهو متبرع
لانه لا ولاية له عليه فيكون منفقا على ملك الغير بغير امره لانه غير
مضطر الى ذلك لاحياء حقه لانا نقول يمكنه ان ينفق
بامر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة
وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا لما فيه من الاضرار بالاخر
ولو اراد المزارع ذلك اي اخذ الزرع بقلا مكن منه
وقيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما او اعطه
قيمة نصيبه اي نصيب المزارع او انفق انت على الزرع وارجع
في حصته عليه بما انفقت لان المزارع لما امتنع من العمل
بعد مضي المدة لانقضاء العقد لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي
نظر له وقد ترك النظر لنفسه انما يجوز فيخير رب الارض بين هذه الخيارات لان بكل واحد منها
يندفع عنه الضرر فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا
يتضرر رب الارض واندفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون
بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض تعنت في طلب القلع قاصدا
الى الاضرار بالمزارع فيرد عليه قصده بخلاف المزارع فانه يرضى بنفسه
بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل عند ما يخاف ان نصيبه من الزرع لا يفي به
ولو مات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل العمل الى ان يدرك
وان مات العامل والزرع بقل فقال وارثه انا اعمل الى ان يستحصد الزرع فلهم ذلك وان
ابى رب الارض من عمل الوارث لانهم قائمون مقام المورث في ملك نصيبه من الزرع
فيقومون مقامه في العمل وليس في ابقاء العقد اضرار برب الارض ويبقى العقد
فكان ابقاء العقد احق واذا بقي العقد فلا اجر للوارث فيما عمل لانه عمل بحكم العقد

كتاب المساقاة

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة ان يقدم على كتاب المزارعة لكثرة القائلين بجوازها
ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين
صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة
للعباد لكثرة وقوعها فيما بين اهل والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة
الى مسائل المساقاة كذا في العناية هي لغة مفاعلة من السقي وشرعا دفع الشجر خصه
بالذكر بناء على انه اصل في هذا الباب فان النص انما ورد فيه وغيره ملحق به لحاجة
الناس فلا يخالف ما سيأتي من التعميم ولا حاجة هنا بزيادة قوله او غيره لانه يأباه
قوله الى من يصلحه بجزء من ثمره ولو بدل الثمر بالخارج لادى الى دخول المزارعة في حد
المساقاة فيحتاج الى قيد يخرجها وتسمى معاملة ايضا وهي اي المساقاة كالمزارعة
حكما وهو الجواز استحسانا دون القياس كالمزارعة وخلافا فانها باطلة
عند ابي حنيفة خلافا لهما والفتوى على صحتها كالمزارعة وشروطا يعني ان الشروط
التي في المزارعة شروط لها كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والتخلية
بين الاشجار والعامل وغيرها من الشروط التي يمكن ان يكون شروطا فيها الا المدة
فانها تصح بلا ذكرها استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم قلما
يتفاوت فيه فيدخل فيها ما هو المتيقن وهو اول ثمرة تخرج وادراك البذر
في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط
بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف فان من الناس من يزرع في الخريف
ومنهم من يزرع في الربيع ومنهم من يزرع في الصيف والانتهاء مبني عليه فتدخل الجهالة
الفاحشة لان ما يزرع في الخريف يدرك في اخر الربيع وما يزرع في الربيع يدرك
في اخر الصيف وما يزرع في الصيف يدرك في اخر الخريف وبخلاف ما اذا دفع
اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت
بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه الى اول ثمرة يخرج منه اربعة
قال الفاضل الزيلعي وشروطها شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في
اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارع
حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا اجر
ويعمل بلا اجر وفي المزارعة باجر على ما بينا والثالث اذا استحق النخيل يرجع على
العامل باجر مثله والمزارعة بقيمة الزرع والرابع بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز
استحسانا انتهى وتقع المساقاة على اول ثمرة تخرج في اول السنة لان لادراك الثمر
وقتا معلوما عادة والثابت عادة كالثابت شرطا فصارت المدة معلومة وان تقدم
او تاخر قليل يسير لا يقع بسببه منازعة عادة وقد سبقنا بان العقد تناول اول ثمرة
تخرج وما وراء ذلك مشكوك فلا يثبت الا المتيقن حتى قالوا ان المساقاة تفسد
ان لم تخرج الثمرة في تلك السنة لعدم تناول العقد غير تلك السنة فكانهما نصا عليها
كذا في التسهيل وتقع المساقاة في الرطبة على ادراك بذرها لما ذكرنا انه كادراك
الثمرة في الشجر وهذا لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر يحصل
بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وصورة
المساقاة فيها انه لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على ان يقوم عليها حتى يخرج
بذرها على ان ما رزق الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه
يصير في معنى الثمر للشجر قال مولانا محمد الواني في تعليقاته على الغرر البذر بالزاء المعجمة
اسم لحبات الحشيش كالخردل كما ان البذر بالذال المعجمة اسم لحبات الغلاة انتهى

الرطبة بالزاء المعجمة قضب كذا في المغرب
وقال صاحب اللغة البذر بالذال المعجمة للزراعة من الحبوب واول ما يخرج من النبات وحين ان يلون ملون وبالزاء المعجمة كل حب يبذر للنبات

ويفسدها أي المساقاة ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها كما إذا دفع نخلا أو شجرا معاملة أشهرا معلومة يعلم قطعا أنها لا تخرج الثمر في تلك المدة لأن المساقاة للشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود فيكون مفسدا.
وإن ذكر مدة احتمل خروجها وعدمه أي عدم خروجها فيها جازت المساقاة لعدم التيقن بفوت المقصود فإن فيها أي في تلك المدة خرج الثمر فعلى الشرط لصحة العقد بالخروج فيها وإن تأخر خروج الثمر عنها أي عن هذه المدة فسدت المساقاة للتيقن بفوات المقصود وللعامل أجر مثله أي أجر مثل عمله لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك في الابتداء فصار في معنى الإجارة الفاسدة وكذا في كل موضع فسدت يعني يكون للعامل أجر مثله لما ذكرنا أنها في معنى الإجارة الفاسدة.
وإن لم يخرج شيء فلا شيء له أي للعامل لأن الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسدا فبقي العقد صحيحا وموجب الشركة في الخارج ولا خارج فلم يكن لكل واحد منهما على صاحبه شيء وتصح المساقاة في النخل والكرم والشجر والرطاب يعني البقول كالكراث والاسفاناخ ونحوهما كذا في حاشية مولانا أخي چلبي وأصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا يجوز إلا في النخل والكرم ولا تجوز المزارعة إلا تبعا للمساقاة لأن القياس يأباهما وإنما جوزناهما بالأثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وأصلها في الشرع المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارعة فإن فيها الشركة في الزائد دون الأصل وهو النخيل كما في المضاربة وفي المزارعة لا يتأتى ذلك لأن شرط دفع البذر مفسد إجماعا فجوزنا المساقاة مقصودة ولم نجوز المزارعة إلا تبعا في ضمن المعاملة وكم من شيء يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الأرض.
ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم أن الأثر خصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولئن سلمنا ذلك فالأصل في النصوص التعليل لا سيما على أصله فإن باب التعليل عنده أوسع لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة كذا في النهاية وقال الفاضل الزيلعي وعن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة أخرى وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض ولا يكون المزارعة تبعا للمعاملة بالأثر وقد تعدد فيها أحاديث كلها مطلقة فوجب إجراؤها على إطلاقها انتهى فإن كان في الشجرة ثمر إن كان يزيد بالعمل صحت المساقاة والإثمار وإن لم يكن يزيد بالعمل فلا تصح يعني لو دفع الشجر مساقاة وفيه ثمر قد انتهى في العظم بحيث لا يزيد بعمله لا لأنه لا أثر لعمله والعامل إنما يستحق به وإذا لم ينته ويكون بحيث يزيد بالسقي والعمل صحت ويستحق ما شرط وكذا في المزارعة لو دفع أرضا فيها بقل لا ينمو ويعظم بعمل العامل فيستحق ما شرط وإن كان دفعه وقد أدرك أو استحصد لم لأنه لا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع وما قبل الإدراك كالسقي والتلقيح والحفظ فعلى العامل لأن العقد عليه وما بعده أي بعد الإدراك كالجذاذ أي القطع والحفظ بعد الجذاذ فعليهما لا على العامل بقدر الحصص لأن الغرم بالغنم ولو شرط ما بعد الإدراك على العامل فسدت اتفاقا لأن العقد يتناهى بحصول المقصود فيكون مالا شركة بينهما ولا عقد فيجب عليهما فإذا شرط على العامل يكون شرطا لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد العاقدين فيكون مفسدا ه

وتبطل

وتبطل المساقاة بموت أحدهما لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة فإن كان الثمر خاما يقول الفقير الظاهر أنه أراد به نيا لا ينضج بعد واستعمال لفظ خام في العربية بهذا المعنى بعيد جدا على أنه وقع في الوقاية والدرر ولطائف الإشارات في هذا الموضع والثمر لعله استعمله في هذا المعنى أخذا مما ذكره صاحب القاموس حيث قال والخامة من الزرع أول ما ينبت على ساق والخام الجلد لم يدبغ أو لم يبالغ في دبغه والكرباس لم يغسل معرب انتهى وقال الجوهري الخامة الغضة الرطبة من النبات وفي الحديث مثل المؤمن مثل الخامة من الزرع يميلها الريح مرة هكذا ومرة هكذا انتهى والحق أن المصنف استعمل هاهنا هذا اللفظ في معنى لم يستعمله أحد غيره في هذا الموضع عند الموت أو تمام المدة على تقدير ذكر المدة فيها يقوم العامل أو وارثه إن مات عليه أي على العمل إلى أن يدرك وإن أبى الدافع أو ورثته على تقدير موت الدافع عن عمل العامل أو وارثه لأن في المنع إلحاق الضرر فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر للدافع ولا على ورثته إن مات فإن أراد العامل أو ورثته صرمه أي قطعه بسرا يقول الفقير كما ناسب لما ذكره أولا أن يقول صرمه خاما تخير الآخر أو وارثه إن مات بين أن يقسم البسر على الشرط أو يعطي قيمة نصيبه أي نصيب العامل من البسر أو ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بما أنفقوا في حصة العامل كما مر في المزارعة على هذا الوجه وقد بينا وجه الخيار فيها فلا نعيده ولا تفسخ المساقاة بلا عذر لأنها في معنى الإجارة ومرض العامل إذا عجز عن العمل عذر لأنه يلحقه ضرر بإلزامه استئجار الأجراء ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا وكذا كونه سارقا يخاف منه على الثمر أو السعف قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر ولم يلتزمه فيفسخ به والسعف ورق جريد النخل الذي يسف منه الزنابيل والمراوح وعن الليث أكثر ما يقال له السعف إذا يبس وإذا كانت رطبة فهي الشطبة وقد يقال للجريد نفسه سعف الواحدة سعفة كذا في المغرب ولو دفع فضاء أي أرضا بيضاء مدة معلومة ليغرس فيها أشجارا لتكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يصح لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهي الأرض أو لأنه استأجر أجيرا ليجعل أرضه بستانا بالآلات الأجير على أن يكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله وآلاته فيكون في معنى قفيز الطحان فيفسد كما إذا استأجر صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على أن له نصف المصبوغ أو لأن صاحب الأرض يكون مشتريا لنصف الغراس من العامل بنصف الأرض والغراس مجهولة ومعدومة وقد شرط عليه العمل في نصيبه في المدة أيضا وكل ذلك يوجب الفساد والشجر الذي غرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وعمله لأن العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرس العامل في أرضها بحكم صاحب الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس لاتصاله بأرضه مستهلكا له بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة الأشجار وأجر مثل عمله لأنه ابتغى لعمله أجرا وهو نصف الأرض أو نصف الخارج ولم يحصل له منه شيء فيجب عليه أجر مثله ه

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة وبين الذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان الزراعة انما يكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع مما نبت فيها والذبح اتلاف الحيوان باذهاب روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا لكن الشرع احله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد لنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه ليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعته فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويتقدم عليه قبل نزول الوحي لنفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه الم لهم قال صاحب النهاية ثم المحاسن في الذبائح وهو انه لو لم يكن فيه الا رد قول الثنوية من المانوية والديصانية لوجب على الموحد تلقيها بالقبول فانهم لا يرون اباحة ذبح الحيوان وقتله لما فيه من انتهاب الروح الذي هو من النور فقلنا ان الحيات والعقارب وجميع ذوات السموم خبيث فسادها وضررها في العالم من قبل ارواحها دون اجسادها اذ هي بمعزل ارواحها عنها يندفع مادة شرها وينقطع مضرتها فعلم بهذا ان قولهم في الدعوى مطلقا غير صحيح ثم يقال نعلم ان الجنس الذي جعل غذاء للبشر من جملة الحيوانات هو الغنم ومن المعلوم ان هذا الجنس لو خلا عن قيام الادمي بدفاع اسباب الهلاك عنه وعن ايصال ما فيه منفعته لتلف الكل لتسلط الذئاب وانواع السباع عليها وليس معها آلة الدفاع والنجاة من القوائم والجناح فتمزقه السباع في اسرع مدة وكفى من طبع هذا الجنس وهو الغنم ان راعيها لو بعد عنها في المفاوز ترفع رؤوسها الى السماء متحيرة عن كل صوت نافرة ولا تتناول علفا ولا ترد الى الماء الى ان تتلف جوعا وعطشا واذا كان الامر كذلك فلو لم يبح للادمي الانتفاع بها وتناول لحومها لما قام الادمي بالدفاع عنها والحفظ لها فيتلف الكل وينقطع الجنس فكان في اباحة التناول ابقاء الجنس وفي الحظر هلاك الجنس فلو لم يبح اتلاف البعض ابقاء من يتقدم عليها يصير ذلك طريقا الى فناء الكل فيكفي ما قالوه عائدا على موضوعه بالنقض ولان فيه تحقيق منة الله تعالى بانه خلق ما في العالم لمنفعة الممتحنين وتمييزا لما عند الله لمصالح المكلفين حيث قال الله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا اما ما تشبثوا به من قبح ايلام الحيوان فذلك قول مردود فان العقلاء لما اتفقوا على حسن ايلام حجامة الاطفال وحسن الادوية الكريهة رجاء شفاء يعقبها على طريق غلبة الظن مع ان هذا نفع في نفس المكلفين المقصودين من خلق العالم فلأن يحسن ايلام حيوان غير مكلف وحصول الانتفاع بالتقصي متيقن به اولى واحرى وباقي ما يتعلق بالذبائح نذكره في الاضحية ان شاء الله تعالى انتهى ما في النهاية والذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم ما يذبح وكذلك الذبح بكسر الذال المعجمة قال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح بفتح الذال مصدر ذبح يذبح وهو قطع الاوداج لقوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج بما شئت والاوداج الحلقوم والمرئ والودجان وانما عبر عنها بالاوداج تغليبا ومحل المذبوح وهو شرط لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر وان كان غير مأكول ولفظ الذكاة ينبئ عن الطهارة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم زكاة الارض يبسها اي طهارة الارض واصل تركيب التزكية يدل على التمام ومنه ذكاء لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها وهو اختياري واضطراري فالاول الجرح ما بين اللبة واللحيين والثاني الجرح في موضع كان من البدن وهو بدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه وهو آية البدلية وانما كان كذلك لان الاول ابلغ في اخراج الدم المسفوح فلا يترك الا بالعجز ويكتفي بالثاني للضرورة لان التكليف

ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة كالمسلم او دعوى كالكتابي ويشترط في حق الصائد ان يكون حلالا وان يكون في غير الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى كذا في الكافي ومن هناك قال وتحل ذبيحة المسلم والكتابي ذميا او حربيا لما تلونا من قوله تبارك وتعالى الا ما ذكيتم فانه عام يدخل فيه المسلم والكافر الا ما خرج منه بدليل وهو المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتد ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد من كلام الله مطلق الطعام عن المذكى يحل من اي كافر كان ولا يشترط فيه ان يكون من اهل الكتاب يقول الفقير فان قيل ان النصارى يعتقد بعضهم ان الله تعالى ثالث ثلاثة وبعضهم ان الله هو المسيح ابن مريم وبعضهم ان المسيح ابن الله وكذلك اليهود يعتقدون ان عزيرا ابن الله فيكونون مشركين فكيف يحل ذبيحتهم قلنا اجاب عنه في قوم الفقهاء ابو السعود حين استفتى بعضهم عن هذه المسألة بانه ليس المراد من اهل الكتاب من عمل بما في الكتاب بل من آمن بالكتاب وعرف نفسه من صاحب ملة سماوية واليهود والنصارى وان كان اعتقادهم في هذا قبيحا لكنهم يعدون انفسهم اصحاب ملة ولو كان امرأة او صبيا او مجنونا يعقلان ان حل الذبيحة يتعلق بذكر اسم الله تعالى عليه وان لم يعقلا لا يحل ذبيحتهما لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالعقل وصحة القصد بالمعرفة والمعتوه كالصبي او كان اخرس وهو الذي لا ينطق لان عذره ابين من عذر الناسي واذا كان الناسي يقام ملته مقام تسميته ففي حق الاخرس اولى او اقلف وهو الذي لم يختن وانما ذكره احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه كان لا يقبل شهادة الاقلف وذبيحته لا تحل كذا في النهاية لا ذبيحة وثني لانه لا يعتقد ملة بل هو مشرك او مجوسي لانه كالوثني او مرتد لانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا يحل ذكاته والمتولد بين الكتابي والمشرك يعتبر كتابيا لان المشرك شر فيعتبر الاخف او تارك التسمية عمدا لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل الحديث وقال الشافعي اذا ترك الذابح التسمية عمدا يؤكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا اذا ترك التسمية عند الرمي وارسال الجارح يؤكل صيده لقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم ولحديث عائشة رضي الله عنها انها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب يأتوننا بلحم فلا ندري اسموا عليها او لم يسموا فقال صلى الله عليه وسلم سموا انتم وكلوا ولو كانت شرطا لما امرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطا لما سقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة ولو كان شرطا قامت الملة مقامها كما في الناسي ولنا ما تلونا وما روينا وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيمن كان قبل الشافعي وهذا القول منه عد خرقا له انما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه محرم ومذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع وما رواه محمول على الدليل القطعي من الكتاب والسنة والاجماع لانه مكان مردودا او نقول الحديث الاول محمول على حالة النسيان والثاني دليلنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية وذلك دليل على انهم لا يأكلون الا بها وانما امرها بالاكل بناء على الظاهر ان المسلم لا يدع التسمية كما اشترط الجارح سوق الحلمين جاز له الاكل بناء على الظاهر انه ملكه وان كان لا يتوهم انه ذبيحة مجوسي يقول الفقير العجب من حبيبنا الشافعي في هذه المسألة فان مثل هذا لا يليق بشأنه الكريم وقال بعض العلماء ان الشافعي خالف الله تعالى في هذه المسألة لانه قال يجوز اكل متروك التسمية عمدا بعد ما قال الله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ان من تعمد فترك التسمية لا يقال فيه انه يذبح على اسم الله تبارك وتعالى فالحديث كذروا به ليكون

فان تركها اي التسمية ناسيا اكل ذبيحته وقال مالك لا تحل لانه لا فصل في الادلة بين العمد والنسيان
قلنا النسيان مرفوع حكمه بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطا والنسيان ولان في اعتباره
حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير النسيان فيعفى رخصة في
الاشياء لانه لا مذكر لها من جهة حاله كالاكل والشرب في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت
من الصلوات بخلاف الاكل وغيره في الصلوات والجماع في الحج حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد
لان حاله مذكرة والنص عن مجرى على ظاهره اذ لو اريد به مطلقا لجرت المحاجة بين السلف وظهر
الانقياد وارتفع الخلاف فيما بينهم في الصدر الاول واقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي
وهو معذور لا يدل على الاقامة في حق العامد ولا عذر له والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس
عليه غيره ويلحق بالقياس لانه ذاكر ومسمى تقديرا لقيام الملة مقامها ولقوله يذبح على
اسم الله تعالى سمى او لم يسم لا يقال انه لا تحل لانه مجمل لانه لا يدرى هل اريد بها حال الذبح
او الطبخ او الاكل لانا نقول اجمع السلف على ان المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة بالاجماع
فتم الاحتجاج بها ودل ايضا قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر على
اشتراطها حالة الذبح الا ترى انه ذبيحة المجوسي لا تؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل والفرق بينهما
الا ان الكتابي يسمي عند الذبح دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط ان يكون
عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة ولو سمى ولم يحضره النية صح لانه اتى بالتسمية
وظاهر حاله يدل على انه قصد به التسمية على الذبيحة فتقع عنها ولو سمى واراد التسمية
لابتداء الفعل كسائر الافعال لا يحل وكذا لو قال الله اكبر واراد به متابعة المؤذن
لا يصير شارعا في الصلاة ثم المعتبر ان يذبح عقيب التسمية قبل ان يتبدل المجلس حتى اذا
سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل او شرب ماء او اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح
وان كان كثيرا لا يحل لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن
الا بحرج عظيم فاقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع
وفي الصيد يشترط عند ارسال الجارح او الرمي لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه
في الاول الذبح وفي الثاني الارسال والرمي دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر هو عليه
وكره ان يذكر مع اسم الله غيره وصلا دون عطف ولم يحرم نحو ان يقول بسم الله محمد رسول الله
لان الشركة لم توجد لعدم العطف فلم يكن الذبح واقعا للغير لكنه يكره لوجود القران
فيتصور بصورة المحرم هذا اذا قرئ محمد بالرفع لانه يكون مبتدأ واما اذا قرئ بالجر يحرم
وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو وعلى هذا القياس لو ذكر اسما آخر
وكره ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان لوجود القران ايضا صورة ولم يحرم لان الشركة
فان قال اي قوله اللهم تقبل من فلان قبل الاضجاع او بعد الاضجاع او قبل التسمية او بعد الذبح لا يكره
لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ وكان صلى الله عليه وسلم يقول اذا اراد ان يذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي
ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من المسلمين
بسم الله والله اكبر ثم يذبح وهكذا روي عن علي كرم الله وجهه
وان عطف غير اسم الله عليه حرمت الذبيحة نحو بسم الله وفلان بالجر لان العطف يدل على الشركة فيكون
مما اهل به لغير الله وقد قال الله تعالى وما اهل به لغير الله وقال الفاضل الزيلعي والاوجه ان لا يعتبر الاعراب
بل يحرم مطلقا بالعطف وكذا يحرم ان اضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بتلك
لان التسمية في الذبح مشروطة على الذبيحة قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف فاذا تبدلت
الذبيحة تبدل حكم التسمية وان ذبحها اي الذبيحة الاولى بشفرة اخرى حلت لوجود التسمية عليها ولو كان الذبح بشفرة
وان رمى الى الصيد وسمى فاصاب السهم غيره اي غير ذلك الصيد اكل لانه في الرمي التسمية مشروطة
وقد وجدت قال صلى الله عليه وسلم اذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل وان سمى على سهم ورمى
بغيره اي بغير ذلك السهم الذي سمى عليه لا يؤكل لعدم وجود التسمية على الآلة وهو الشرط

وكذا الحكم يعني ان ارسل كلبا الى الصيد وسمى فاصاب ذلك الكلب غير ذلك الصيد اكل لان في الارسال التسمية
مشروطة على الآلة ايضا وقد وجدت قال صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان ارسل
كلبا للصيد وسمى فتركه ذلك الكلب وارسل كلبا آخر فاصاب لا يؤكل لعدم وجود التسمية على الآلة وهو الشرط

والشرط الذكر الخالص المجرد عن شوب الدعاء وغيره على ما قال ابن مسعود جردوا التسمية
فلو قال اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال وليس بذكر خالص يفيد تعظيمه تعالى
والفرق لابي يوسف بين هذا وبين التكبير في الصلاة ان المامور به ههنا الذكر
قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات على ثلاث قوائم قد صفت رجلاها
ويديها وفي الصلاة التكبير فلا يصير شارعا في الصلاة بهذه الالفاظ اذا كان عن التكبير
لا لو عطس وحمد له اي للعطاس فان الذبيحة لا تحل به في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد
على نعمة الله دون التسمية والفرق بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر
وقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين ان المامور به
هناك ذكر الله تعالى مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وهنا المامور به الذكر على الذبح
كذا في النهاية والعناية يقول الفقير فيه بحث لان الذكر على الذبح يوجد في الحمد للعطاس
الا ان يقال المراد بالذكر على الذبح الذكر للذبح وههنا الذكر للعطاس لا للذبح قال
صاحب الهداية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر
منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال
صاحب النهاية وذكر في ذبائح الذخيرة قال البقالي والمستحب ان يقول بسم الله
والله اكبر يعني ثم قال وذكر شمس الائمة الحلواني المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر
بدون الواو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية والسنة نحر الابل
وهو قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر وذبح البقر والغنم وهو قطع العروق
في اعلى العنق تحت اللحيين وهذا لموافقة السنة المتوارثة وقد قال تعالى
ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم ومنه قال تعالى فصل لربك وانحر
جاء في التفسير وانحر الجزور ولان موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سواه من حلقه
عليه لحم غليظ فكان النحر في الابل ايسر واما في البقر والغنم فالذبح فيهما ايسر فكان
في كل واحد السنة ما هو الايسر فيه ويكره العكس اي ذبح الابل ونحر الغنم والبقر
لمخالفة السنة المتوارثة ويحل لحصول القطع وهو تسييل الدم من موضع كما قال
لا يحل [illegible] ثابتا والذبح بين الحلق واللبة وهو المنحر من الصدر اعلى الحلق
او اسفله او اوسطه والاصل فيه ما روي انه صلى الله عليه وسلم بعث مناديا ينادي
في فجاج منى الا ان الذكاة في الحلق واللبة رواه الدارقطني وروي انه صلى الله عليه وسلم
قال الذكاة ما بين اللبة واللحيين رواه ابن المسيب وما بينهما هو الحلق كله فيكون دليلا
على ان الحلق اعلاه واوسطه واسفله في ذلك سواء لان الكل محل معنى الذكاة
لان المقصود اخراج الدم المسفوح من المذبوح واتم ما يكون منه ما يقطع في هذا المحل
لانه مجمع العروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل
يقول الفقير قوله اي المصنف الذبح بين الحلق واللبة رواية المبسوط وقوله اي الحلق
اعلى الحلق واسفله او اوسطه رواية الجامع الصغير وصاحب الهداية بعد ذكر
رواية القدوري قال وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله اوسطه واعلاه واسفله
ثم قال صاحب العناية واتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري
على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير انتهى فيكون قول المصنف اعلى الحلق الخ عطف
بيان لقوله بين فيكون حاصل معناه الذبح بين اللبة واللحيين موافقا لقوله صلى الله عليه وسلم
الذكاة ما بين اللبة واللحيين لكن لو قال ابتداء الذبح بين اللبة واللحيين واقتصر عليه لكان اخصر
ثم قال صاحب العناية وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة
فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر لمن يقول بالحل فيما اذا بقي عقدة الحلقوم مما يلي
ورواية المبسوط ايضا تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى
وكذلك في فتاوى اهل سمرقند لا تؤكل لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث انتهى

ومن هنا قال وقيل لا يجوز الذبح فوق العقدة لكنه ضعيف لمخالفته ظاهر الحديث
والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم مجرى النفس والمريء مجرى العلف
والودجان العودج عرق في العنق وهما ودجان لانهما عرقان يجري فيهما الدم كذا في الصحاح

لقوله صلى الله عليه وسلم افر الاوداج بما شئت وهي جمع واقله الثلاث فيتناول المريء
والودجين بطريق التغليب لانه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم
فيثبت قطع الحلقوم اقتضاء وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يكتفي بالاكثر منها
بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك
يحل الاكل عند ابي حنيفة لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام فاي ثلاث قطع
بعد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بالاكثر وهو انهار الدم المسفوح
والتوجية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين
والحاصل انه بقطع المريء والحلقوم يحصل التوجية وبقطع احد الودجين يحصل انهار الدم
فيكتفي بالاكثر اذا كانت بلا حاجة الى اشتراط الكل والمعين منها بخلاف ما اذا
قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة والحاصل
ان قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين او قطع الحلقوم والودجين او المريء والودجين
يكفي عند ابي حنيفة وعند محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد منها وهو رواية عن الامام
لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولعروده لامر بغيره فيعتبر اكثر كل واحد
وعند ابي يوسف لا بد من قطع الحلقوم والمريء ولا يكتفي بواحد منهما واحد الودجين
لان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم
فيحصل انهار الدم بقطع احدهما واما الحلقوم فهو مخالف للمريء لانه مجرى العلف والماء
والحلقوم مجرى النفس فلا بد من قطعهما وقيل محمد مع ابي يوسف قال صاحب الهداية
المشهور في كتب اصحابنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وكون محمد مع ابي حنيفة رواية القدوري
في مختصره ويجوز الذبح بكل ما افرى الاوداج وانهر الدم ولو بمروة قال صاحب المغرب
المروة حجر ابيض رقيق وهي كالسكين يذبح بها او ليطة قال صاحب المغرب ليطة
قشر ومنها يجوز الذبح بالليطة او سنا او ظفرا منزوعين لا بالقائمين
وقال الشافعي المذبوح بالسن والظفر منزوعين او قائمين ميتة لا يحل اكلها لقوله صلى الله
عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا السن والظفر فانهما مدى الحبشة
يعني كل ما تحقق في حقه انهار الدم وافراء الاوداج ما خلا السن والظفر استثناهما مطلقا
فيتناول المنزوع والقائم ولان الذكوة فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلقا فعل غير مشروع
فلا يكون ذكاة كغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم انهر الدم بما شئت وافر الاوداج
بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا نكره في المنزوع
بما روى الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم فانهما مدى الحبشة
فانهم لا يقلمون الاظفار ويحدون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض
ويندب احداد الشفرة يعني السكين العظيم كذا في القاموس قبل الاضجاع
لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة
واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته
وكره احدادها بعده اي بعد الاضجاع لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم راى رجلا
اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتتان اتميتها موتات
هلا حددتها قبل ان تضجعها فان قلت اما موتتان انما يكون اذا علم المذبوح
عند احداد الشفرة بانه انما يحد الشفرة للذبح والشاة وامثالها لا تعلم انه
يذبحها لانه لا عقل لها فكيف يكون هنا موتتان قلت نعم كذلك

الا انه

الا انه ذكر في المبسوط في هذه المسألة انها تعرف ما يراد بها كما جاء في الخبر ابهمت البهائم
الا عن اربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك و
هو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام من غير حاجة اليه كذا في النهاية وقال
صاحب العناية في الجواب وهو مع كونه سوء ادب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو
موجود فيها والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات وما نحن فيه ليس منها انتهى
يقول الفقير مراده من كونه سوء ادب هنا الاعتراض على الشارع وهو سوء الادب
بل قريب من الكفر او قد يكون هنا استكشافا وطلب الوجه وعلى الكتب مشحون
وكذا يكره جرها اي الذبيحة برجلها الى المذبح لان فيه زيادة ايلام بلا حاجة اليه
وكره النخع وهو ان يصل الذبح الى النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة لانه صلى الله
عليه وسلم نهى ان ينخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسها
حتى يظهر مذبحها وقيل هو ان يكسر عنقها قبل ان يسكن من الاضطراب وكره قطع الراس
وكل ذلك مكروه لان في جميع ذلك زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه
وكره السلخ قبل ان تبرد لان فيه زيادة ايلام ايضا فيكره لكن يؤكل في جميع ذلك لان
الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم فلا يوجب الحرمة وكذا لو ذبحها متوجهة الى غير القبلة يكره
ويؤكل لان السنة في الذبح ان يستقبل بها القبلة لانه روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم استقبل باضحيته القبلة لما اراد ذبحها

وتحل الذبيحة لو ذبحها من القفاء ان بقيت حية حتى قطعت العروق لتحقق الموت
بما هو ذكاة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج والا اي وان لم تبق حية بل ماتت
قبل قطع العروق فلا تحل ولا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة يقول الفقير بقي صورة
اخرى وهي انه لو ذبحها من المذبح فماتت قبل قطع العروق كيف يكون حالها والظاهر انها
لا تحل اذا ماتت قبل قطع شيء من العروق وتحل اذا ماتت بعد قطع العروق على الا
المذكور بين ائمتنا فاذا لا يكون فرق بين الذبح من القفاء والذبح من المذبح في انها اذا
ماتت قبل قطع العروق لا تحل واذا ماتت بعد قطعها تحل فح يمكن حمل قول المص
وتحل ان بقيت حية الخ على المطلق سواء ذبحت من القفاء او من المذبح لكن حملناه
بالاول على ما في سائر الكتب تدبر ولو ذبح صيد استانس لانه قدر على ذكاة الاختيار
فلا تحل بذكاة الاضطرار لانه لا يزيل كل البعير وحمار حرج نعم توحش لان ذكاة الاضطرار
انما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار والعجز متحقق في الاول او ند او تردى بعير
في بئر اذا لم يكن ذبحه قال الفاضل الزيلعي وكذا فيما تردى في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار
فجرحه فمات من الجرح وعلم ذلك يؤكل لما بينا وان علم انه لم يمت من الجرح لا يؤكل وان اشكل ذلك
لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة فخيف فوتها صار ذكاتها الجرح
الخ وفي الكتاب المطلق فيما توحش من النعم وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر
وان ندت في المصر لا يحل العقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز وفي
البقر والابل يتحقق العجز في الصحراء والمصر لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما
والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل
وقال مالك لا يحل النعم الا بذكاة الاختيار لان العجز عن ذكاة الاختيار فيها نادر والنادر لا حكم له
ولنا ما روي عن رافع بن خديج قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فند بعير من ابل
القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم اوابد كاوابد الوحش
فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر وان المعتبر حقيقة العجز وقد
تحقق فيصار الى البدل على انا لا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر في النهاية معزيا الى النوازل ان بقرة لو
تعسر عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل اكله وان جرحه في غير موضع الذبح
ان كان لا يقدر على ذبحه حل ايضا وان كان يقدر لا يحل

ولا يحل الجنين بذكاة امه يعني من نحر ناقة او ذبح شاة او بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر اي سواء كان صاحب شعر وتم خلقه او لم يكن عند ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد وقالا يحل بذكاة امه ان تم خلقه وهو قول الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم ذكوة الجنين ذكوة امه معناه ان ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين لما روى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قيل له يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة والشاة فيخرج من بطنها جنين ميت انلقيه او نأكله فقال كلوه ان شئتم فان ذكوته ذكوة امه واحتجوا ايضا بقوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله تعالى علينا باباحة اكلها ولانه جزء من الام حقيقة لكونه متصلا بها حتى يقرض بالمقراض وينفصل عنها ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في الاحكام الواردة على الام كالبيع والهبة والعتق فاذا كان جزءا لها فيكون ذكاة الام ذكاة له عند العجز كما في الصيد والجامع انه عجز فيها عن ذكاتها اختيارية فانتقل الى ما هو في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الام في الجنين فصار مثلا بل اولى لانه يموت به قطعا والغالب في الصيد المجروح السلامة لا سيما اذا وقع الجرح في اطرافه ولابي حنيفة وزفر قوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهو ميت ولانه تعالى شرط التذكية بقوله الا ما ذكيتم وحرم المنخنقة والجنين مات خنقا فيحرم بالكتاب ولان الجنين اصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موت امه فيجب افراده بالذكاة ليخرج الدم عنه ولا يحل بذكاة غيره اذ المقصود من الذكاة اخراج دم ليتميز اللحم فيطيب ولا يكون تبعا لها ولهذا انفرد بالايجاب بالغرة ويقبل العتق وحده ويصح الوصية له وبه ويتصور حياته بعد موتها لانه لا يحصل المقصود بذكاة امه وهو اخراج دمه بخلاف جرح الصيد لانه مخرج للدم وهو المقصود فيقوم مقام الذبح عند العجز يحققه انه لو كان جزء اللحم لحل اكله وان لم يتم خلقه لان جميع اجزاء الام ماكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا انه ليس بجزء لها وما روياه لا يعارض الدليل القطعي والمراد بالحديث الاول ان صح التشبيه اي ذكاة الجنين كذكاة امه والتشبيه على هذا الطريق فاش كقولنا زيد الاسد فلا يدل على انه يكتفي والدليل عليه انه يروى ذكاة امه بالنصب على المصدر اي يذكى ذكاة مثل ذكاة امه وهذه الرواية تبين ان المراد بالرفع التشبيه ولا يفيد المعنى لانه يؤدي الى ان ذكاة الجنين هو ذكاة الام بمعنى انه يكتفي به ويستغني به عن ذكاة ابلا فوقع ذكاة الجنين مبتدأ وذكاة امه خبره فيفيد لان احكام يقال ان ذكاة الجنين يغني عن ذكاة الام وهنا كما تقول كلام زيد كلام عمرو بمعنى انه يكتفي به ولا يحتاج الى كلامهم وانما يدخل الجنين في البيع تبعا للجواز لان البيع يفيد وانما يعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق لا يقال لو لم يحل اكله بذكاة الام لما حل ذبح امه لان فيه تضييع الولد ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال لانا نقول موته لا يتيقن به بل يتوهم ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم او لان المقصود لحم فلا يتوسل اليه الا به فاذا كان يجوز قتل المسلمين للتوسل الى المقصود كما تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالاجنة وفي النوازل رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان تقاربت الولادة يكره ذبحها الا ان فيه

فان قلت ما جواب الحجج عن الاية التي تمسكا به وهي قوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا وعن حديث ابي سعيد الخدري الذي تمسكا به ايضا قلت اما جوابه عن الاية ان المراد بالفرش الصغار فلا يتناول الاجنة ولئن كان المراد به الجنين ففيها بيان انه وبه نقول ولكن وجود شرط فيه وهو ان ينفصل حيا فيذبح ويعارضها باية اخرى وهي قوله تعالى والمنخنقة فان احسن احواله ان يكون حيا عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة وحديث اخر وهو ما قال صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله ام سهمك فقد حرم الاكل عند وقوع الشك بسبب زهوق الروح وذلك موجود في الجنين فانه لا يدرى انه مات بذبح الام او باحتباس نفسه واما جوابه عن الحديث الذي روي عن ابي سعيد الخدري فانه قال انه غير صحيح ولو صح فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميتا اي مشرفا على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون ومعنى قوله كلوه اي اذبحوه وكلوه كذا في النهاية وبعضه من الزيلعي

فصل

فصل

بدأ هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة التي تقدم عليه في الذكر ويحرم اكل كل ذي ناب واصل الانياب من الاسنان وهي التي تلي الرباعيات او مخلب وهو للطائر كالظفر للانسان من سبع او طير فيه لف ونشر مرتب وفي المبسوط المراد من ذي ناب الذي يصيد بنابه ومن ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه لا كل ذي ناب ومخلب فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب كذا في الدر لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطيور رواه مسلم وابو داود وجماعة اخرى وعن ابي ثعلبة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة كذا في الهداية قال صاحب العناية والنهاية وانما عد هذه الاوصاف ليبني عليها قوله ومعنى التحريم كرامة بني ادم كيلا يعدو ولا يسري شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل وهو نظير ما روي انه عليه الصلاة والسلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاب هو ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور لانه ذكر في المبسوط والمراد من ذي المخلب ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب ولو كان ضبعا بفتح الضاد المعجمة وضم الباء الموحدة ما يقال له بالتركي سرتلان او ثعلبا معروف لان لهما انيابا يقاتلون به فيدخلون في الحديث المذكور فلا يؤكل لحمهما فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحة اكلهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه انه سئل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقيل ايؤكل لحمه فقال نعم فقيل اشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم فلا يكون حجة اجيب بان حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ولئن صح فمعه قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ويحرم اكل الحمر الاهلية بخلاف الوحشية فانها تحل لانه صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح تناول الحمار الوحشي وكان بشر المريسي يبيح اكل الحمر الاهلية وهو قول مالك تشبثا بما روي عن عائشة رضي الله عنها انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وبحديث غالب انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لم يبق لي من مالي الا حميرات فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك واستدلا لا يحل اكل الوحشي فان الوحشي ماكول بالاتفاق فكذا الاهلي وحجتنا في ذلك ما روي عن عبد الله بن ابي اوفى اصبنا يوم خيبر حمرا اهلية فذبحناها وادخلناها في القدور فقال صلى الله عليه وسلم اكفئوها بما فيها ونهى عن اكلها فقلنا فيما بيننا انما حرمها لانها لم تخمس فلقيت سعيد فذكرت ذلك له فقال بل حرمها ابدا وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية ولما بلغ عليا رضي الله عنه وكرم وجهه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما باباحة المتعة فقال له نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية زمن خيبر وكذا عن ابي طلحة فيترجح الاثار الموجبة للحرمة ولا حجة في حديث غالب فان معنى قوله كل من سمين مالك بعه واستنفق ثمنه لانه يقال فلان اكل عقاره والمراد هذا والجواب عن الاية التي تلتها عائشة رضي الله عنها يجوز ان يكون قبل حرمة الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها واما الجواب عن المستند لان يحل اكل الوحشي فهو ان من شرطه ان لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس ويحرم اكل البغال لانها من نسل الحمار فيكون كاصلها حتى لو كانت امها فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد بين ماكول وغير ماكول كذا في الزيلعي ويحرم اكل الفيل لانه ذو ناب والضب لان النبي صلى

واليربوع لانه من سباع الهوام وابن عرس دويبة يقال لها بالفارسي راسوا وبالتركي يدسوق
جمع بنات عرس هكذا يجمع الذكر والانثى كذا في القاموس لانه من سباع الهوام ايضا
والزنبور لانه من المؤذيات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء والسلحفاة بضم السين وفتح اللام
وسكون الحاء المهملة دابة ينفع دمها ومرارتها المصروع والتلطخ منهما المفاصل ويقال
انه اذا اشتد البرد في مكان وكتب واحدة منها بحيث يكون يداها ورجلاها الى الهواء وتركت كذلك لم ينزل البرد
والحشرات اي الهوام او الدواب الصغار والحشرة محركة بمعناها كذا في القاموس وانما لا يحل اكل السلحفاة
والحشرات لانها من الخبائث وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ويكره اكل الغراب الابقع
الذي ياكل الجيف قال الجوهري والغراب الابقع الذي فيه سواد وبياض والبقع بالتحريك في الطير
والكلاب بمنزلة البلق في الدواب انتهى وكذا الاسود قال صاحب العناية الغراب انواع
ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا ياكل الجيف وهو ليس بمكروه ونوع منه لا ياكل الا الجيف
وهو الذي سماه صاحب الهداية الابقع وهو مكروه ونوع يخلط ياكل الحبة
والجيفة اخرى ولم يذكره المص في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي ح مكروه عند ابي يوسف انتهى
والغداف بضم الغين المعجمة والدال المهملة وفي اخره الفاء كغراب نوع من الغراب يقال له غراب القيظ وهو بالتركي ...
والرخم جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث بالمثلثة الابيض من صغار الطير وضعافه
كالعصافير ونحوها وانما كره الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف ويكره اكل لحم الخيل عند ابي ح
وهو قول مالك رضي الله عنهما لقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وجه الاستدلال
ان الاية سيقت لبيان المنة وقد منّ علينا بالركوب فلم يبين الاكل ولو كان ماكولا لكان الاولى
وبيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفس من حكمة الحكيم العدول عن بيان
اعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس
فان قيل لم لا يجوز ان يكون ترك الاعلى بذكر الادنى بالطريق الاولى قلنا ذلك انما يصح اذا كان البيان
بطريق الكناية وما نحن بصدده من قبيل بيان النهاية الا ان ... قوله تعالى والانعام خلقها
لكم فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون ثم عطف عليه الخيل والبغال والحمير ولو كان المراد ما ذكرتم لاكتفى
بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء اخر من المنافع فلما قال لتركبوها ثبت ان الحكم في المعطوف
غير الحكم في المعطوف عليه ولو كان الحكم في المعطوف عين الحكم في المعطوف عليه لكان اكل البغال والحمير حلالا
وليس كذلك وهو ظ ولانه آلة الارهاب فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له سهم في الغنيمة
ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد ثم هي كراهة تحريم في الاصح وقيل كراهة تنزيه لان كراهته
كيلا يحصل باباحته تقليل آلة الجهاد ولهذا كان سؤره طاهرا لكن الاول اصح روي ان ابا
ابا حنيفة اذا قلت في شيء اكرهه فما رايك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ في قوله على
اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في الخيل واما انا لا يعجبني وهنا
وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف كذا في العناية وحكي
عن عبد الرحيم الكرميني انه قال كنت مترددا في هذه المسئلة فرايت ابا ح في المنام يقول لي كراهة تحريم يا عبد الرحيم
وعندهما لا يكره لحم الخيل لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولانه يؤكل
على الاطلاق وبوله كبول ما يؤكل لحمه فدل هذا على انه ماكول اللحم قلنا حديث جابر
معارض بما روي عن خالد بن الوليد ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال
والحمير والترجيح للمحرم قال صاحب النهاية فان قلت ما جواب ابي ح عما تمسكا به من سؤره
وبوله واما على الرواية فالفرس كالادمي من وجه من حيث انه يحصل به ارهاب
العدو ويستحق السهم من الغنيمة والادمي غير ماكول اللحم لكرامته وسؤره طاهر
فكذا سؤر الفرس وهذا الطريق يدل على ان الكراهة فيه للتنزيه واما بوله
فانما جعل كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه والبلوى تاثير في تخفيف حكم النجاسة
واما اللبن فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد انتهى

وحل

وحل العقعق وهو طائر ابلق سواد وبياض يشبه صوته العين والقاف كذا في القاموس
وانما حل لانه ايضا يخلط في اكله فاشبه الدجاج وهذا عند ابي ح وعن ابي يوسف انه يكره
لان غالب ماكوله الجيف والاول اصح كذا في الزيلعي وغراب الزرع لانه ياكل الحب
وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال صاحب الاختيار قال ابو يوسف غراب
الزرع له هيئة مخالفة للغراب في صغر جثته وانه يتخذ في المنازل ويالف كالحمام وغيره
والارنب لان النبي صلى الله عليه وسلم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه
بالاكل منه رواه النسائي ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي
ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك بانواعه ما لم يكن طافيا وقال مالك يؤكل
جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان وعن
الشافعي رضي الله عنه انه اباح ذلك كله قال صاحب الهداية الخلاف في الاكل والبيع
وقال الفاضل الزيلعي وينبغي ان يجوز بيعه بالاجماع للطهارة وللشافعي ومالك قوله تعالى
احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله عليه وسلم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته
ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن في الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك
وروى جابر وابو سعيد الخدري رضي الله عنهما قالا كنا اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
في سفر فاصابتنا مجاعة شديدة فاذا البحر القى دابة لنا يقال لها العنبر فاكلنا منه نصف شهر
فلما اتينا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا اخرجه الله عز وجل
واطعمونا ان كان معكم وفي رواية هل بقي عندكم شيء فتطعموني ولنا قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث فيحرم بظاهر النص وقوله تعالى او لحم خنزير مطلق
لم يفصل بين البري والبحري ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع
ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلينا محمول على الاصطياد وهو مباح
فيما لا يؤكل وحديث جابر وابي سعيد الخدري لا يدل على مرادهما لانه قال جعنا جوعا شديدا
فالقى البحر دابة لنا يقال لها العنبر وهذا لا يدل على انه لم يكن سمكا بل يحتمل انه سمك
وان لم يكن سمكا فهو في حالة المخمصة وفيها يحل الميتة والخنازير فما ظنك بصيد البحر
وقال صاحب النهاية ومن يقول بحل جميع صيد البحر يحتج على ابي حنيفة فانه لا يجد بدا
من ان يقول يؤكل الانسان المائي وهذا شنيع جدا كالجريث بكسر الجيم وتشديد الراء
نوع من السمك يقال له بالتركي ... بالفتح والمارماهي نوع من السمك على صورة الحية
خصهما بالذكر اشارة الى ضعف ما نقل في المغرب عن محمد ان جميع السمك حلال
غير الجريث والمارماهي وايضا قال صاحب غاية البيان ان بعض الروافض واهل
الكتاب يكرهون الجريث ويقولون انه كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته
فمسخ به قال صاحب المغرب وقولهم الجريث من الممسوخات باطل لان ما مسخ
لا نسل له ولم يبق بعد ثلاثة ايام كذا عن الطحاوي انتهى
ولا يؤكل الطافي منه اي من السمك وهو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو طفوا
والمراد منه هو الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو على وجه الماء وقال مالك
والشافعي لا باس به لاطلاق الحديث ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث
ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما نضب عنه الماء
فكلوه وما طفا فلا تاكلوه وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا
ولا دليل لهما فيما رويا لان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا
الى البحر ولا يتناول ما مات فيه بغير آفة ثم الاصل فيه انه متى عرف سبب موته
كلفظة البحر او حبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يكون اخذه
من غير حيلة او ابتلاع سمكة او بقتل طير الماء او انجماد الماء عليه حل اكله
لان سببيته معلومة ومتى لم يعرف سببه كالطافي لا يحل اكله

وان مات لحر او برد ففيه روايتان في رواية يؤكل لان الموت سببا معلوما وقيل لا يؤكل لان الماء لا يقتل السمك حاركان او باردا وان انحسر الماء عن بعضه وما دورهته عن محمد انه ان كان راسه في الماء لا يؤكل وان كان ذنبه في الماء وراسه خارج عن الماء اكل لان خروج راسه عن الماء سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله ان الشرط فيه ان يعلم انه باي سبب مات حتى لو ابان عضوه بضرب فانه يؤكل ويؤكل العضو ايضا ويحل هو اي السمك والجراد بلا زكاة لكن بينهما فرق وهو ان الجراد يؤكل وان مات حتف انفه بدون العلم بسبب موته بخلاف السمك على ما بيناه انفا وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه ويشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال احلت لنا ميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال وعن علي كرم الله وجهه ورضي عنه وسئل عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير افة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي

ولو ذبح شاة لم تعلم حيوتها فتحركت عند الذبح او خرج منها دم حلت والا اي وان لم يتحرك او لم يخرج الدم فلا يحل لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فتكون وجودهما او وجود احدهما علامة الحيوة فتحل وعدمهما علامة الموت فلا تحل

وان علمت حياتها حلت مطلقا اي سواء تحركت وخرج منها دم او لم يتحرك ولم يخرج منها دم لان الاصل في الاشياء بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة ولان المقصود منها الاستدلال على حياتها فاذا علمت لم يحتج الى الاستدلال بهما وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم يتحرك لا يحل لان الدم لا يجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وعن ابي حنيفة انها انما تحل اذا كانت بحال يعيش يوما لولا الزكاة وعن ابي يوسف اكثر اليوم وعن محمد ان كان يعيش مثل ما يعيش المذبوح حل والا فلا ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان فتحت عينها لا تؤكل وان ضمت عينها تؤكل وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها تؤكل وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي الموت ففتح الفم والعين ومد الرجل علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم واغماض العين وقبض الرجل ليس باسترخاء بل هي حركات تختص بالحي فتدل على حياته وقال قاضيخان هذا كله اذا لم يعلم حياتها وقت الذبح وان علم حياتها وقت الذبح اكلت على كل حال وكذا ذكر في المحيط ايضا كذا في الزيلعي

وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة تحبس الجلالة ثلثة ايام وعن محمد لم يوقت ابو حنيفة فيها وقتا وقال تحبس حتى تطيب والجلالة التي تاكل العذرة فاذا خلطت فليست بجلالة ولذلك قالوا الدجاجة لا تكون جلالة لانها تخلط وقال محمد اذا انتن وتغير لحمها ووجد منها ريح منتنة فهي جلالة لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها ويجوز بيعها وهبتها واذا حبست زالت الكراهة لان ما في جوفها يتحول وهي انما حبست لتغير لحمها او نتنها ولم يوقت ابو حنيفة لانه اذا توقف على زوال النتن وجب اعتباره هنا الخ وفي رواية ابي يوسف قدره بثلثة ايام اعتبارا للغالب في حالها وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يحبس الدجاجة ثلثة ايام ثم ياكلها وهذا على طريق التنزه فيجوز ان يكون رواة التقدير بثلاثة ايام بناء على هذا الحديث كذا في الاختيار

الكلام الذي تستتبع النجاسات كذا في [illegible]

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام وهي في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي افعولة وكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو والياء والسابق ساكن فادغم فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتسلم الياء فصارت اضحية وتجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بضم الهمزة وكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة وتجمع على ضحية وضحايا واضحاة بفتح الهمزة وسكون الضاد وجمعه اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص بنية القربة

وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون سببا ثم الاضحية تتكرر بتكرر الوقت لان السبب يتكرر حكمه بتكرر السبب على ما عرف في الاصول ومما يدل على سببية الوقت ايضا امتناع التقديم كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجبت على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع افة فان قيل لو كان وجوبها بالقدرة الممكنة لوجبت على من يملك قيمة ما يصلح للاضحية لان ذلك ادنى ما يتمكن به المكلف من فعلها ولما اشترط النصاب كمن ادرك الجزء الاخير من وقت الصلاة ببلوغ او باسلام حيث تجب عليه الصلاة قلت اشتراط النصاب لا ينافي كونها ممكنة كما في صدقة الفطر فان وجوبها بالقدرة الممكنة ومع ذلك اشترط النصاب وهذا لان السبب وان كان غير مال ولكن الشرط المال فبالنظر الى شرط صارت وظيفة مالية فيشترط الغنى كما في صدقة الفطر والدليل على هذا صريح ما ذكره الامام التمرتاشي في زكاة الجامع الصغير في تعليل المسئلة فقال ان من ملك مالا لا يبلغ قيمته مائتي درهم وهو فاضل عن حاجته الاصلية غير معد للتجارة لا يجب الزكاة ولكن حرمت عليه الصدقة ووجب عليه صدقة الفطر والاضحية ونفقة الاقارب وعلل فقال لان هنا اي في الزكاة الواجب عن المال وذلك لا يتصور بدون النماء والواجب ثم اغناء الفقير واراقة الدم وهو يعتمد الملكية دون المال الفارغ والله اعلم وحكمها ما هو الحكم في سائر الواجبات وهو الخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى مثوبات الله تعالى بفضله في العقبى كما في النهاية

هي اي الاضحية واجبة وعن ابي يوسف سنة هكذا ذكر الاختلاف في الجامع وقيل هو اي كونها سنة قولهما هكذا ذكر الاختلاف في مختصر الطحاوي وكذا في الهداية وجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم اذا رايتم هلال ذي الحجة واراد احدكم ان يضحي فليمسك عن شعره واظفاره رواه مسلم وابو داود وغيرهما واحمد وجماعة اخرون والتعليق بالارادة ينافي الوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله خصصت بثلثة وهي سنة لكم الاضحية وصلاة الضحى والوتر وقوله ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وعن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة وانه يحل له التناول منها واطعام الغني ولو كانت واجبة لم يحل له التناول كما في جزاء الصيد وانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكوة وصدقة الفطر ووجه الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا رواه احمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب وانه صلى الله عليه وسلم امر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلوة فليعد والامر للوجوب فلولا انها واجبة لما وجب اعادتها

تمام [illegible]

وانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وبحصل الاختصاص بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب ولا يصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه لان الصوم يجوز في سائر الشهور وسمي الشهر بشهر الصوم رمضان وكذا الجمعة يجوز في كل يوم وسمي الجمعة يوم واحد لان الاضافة الى الوقت لا تتحقق الا اذا كانت موجودة فيه لا محالة ولا تكون موجودة فيه بيقين الا اذا كانت واجبة انما لا تجب على المسافر لان اداءها يختص باسباب تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بمضي الوقت فلا يحرج والمراد بالارادة فيما روي ما هو ضد السهو لا التخيير كما معناه من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من اراد الصلاة فليتوضأ ولا حجة لهما في قوله صلى الله عليه وسلم ولم تكتب عليكم لانا نقول انها غير مكتوبة بل هي واجبة فالمكتوب ما يكون فرضا يكفر جاحده وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصا بكون الاضحية مكتوبة عليه وقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا ابو حنيفة الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقة فالسنة هي الطريقة في الدين وذلك لا ينفي الوجوب وتأويل حديث ابي بكر وعمر انهما لا يضحيان في حال الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين او في حال السفر وانما اباح التناول للمضحي والاغنياء فبإذن من الله تعالى قال فكلوا منها فلا يمنع التناول وهي غني فلان يباح له الاطعام للاغنياء وهم من المضحي اولى كذا في النهاية وبعض شروح الهداية وانما تجب على حر مسلم مقيم موسر فلا تجب على عبد وكافر ومسافر ومعسر انما اشترطت الحرية لانها قربة مالية فلا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر والاسلام لان القربة لا تتأتى الا من المسلم والاقامة لما بينا ان اسبابها ادائها تشق على المسافر واستغناؤها واليسار لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح الحديث عن نفسه لانه اصل في الوجوب لا عن طفله اي لا يجب عليه الاضحية عن اولاده الصغار لانها قربة محضة والاصل في العبادات انه لا يجب على احد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها راس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى يتحقق في الولد في صدقة الفطر دون الاضحية وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الاضحية تجب عليه عن ولده الصغير وعن هذا قال وقيل تجب عنه اي عن الطفل ايضا لانه في معنى نفسه فيلحق بها كما في صدقة الفطر والفتوى على ظاهر الرواية وقيل يضحي عنه اي عن الطفل ان كان له مال ابوه او وصيه من ماله فيطعم الطفل منها بالذي الطعام ويستبدل بالباقي ما ينتفع به مع بقائه اي يبتاع بما بقي من الطعام ما ينتفع بعينه بقول الفقير وحاصل المحل على ما ذكر في الهداية وغيره انه ان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز من مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة ولا يجوز ذلك من مال الصغير في قولهم جميعا لان الاراقة اتلاف والاب لا يملكه في مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق والاصح انه يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه وهي اي الاضحية شاة من واحد فقط او بدنة عن واحد ايضا او سبع بعير او بقر يعني واحد السبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس ان لا تجوز البدنة كالشاة الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهي لا تتجزأ الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقيت على اصل القياس وتجوز البدنة عن اقل من سبعة الى واحد ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعن من دونه اولى

ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فيبقى على الاصل وقال مالك تجوز البدنة الواحدة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله صلى الله عليه وسلم على اهل كل بيت في كل عام اضحاة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل كل بيت لان اليسار حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه يؤيده ما روي على كل مسلم في كل عام اضحاة بان اشترك المضحي مع ستة في بقرة او بعير وكل واحد منهم يريد القربة وهو اي كل واحد منهم من اهلها اي من اهل القربة بكونهم مسلمين ولم ينقص نصيب احدهم عن سبع فلو اراد احدهم بنصيبه اللحم او كان احدهم كافرا او نصيبه اي نصيب احدهم اقل من سبع لا يجوز عن واحد منهم لان الدم لا يتجزأ لا يكون بعضها قربة وبعضها لا فاذا خرج البعض من ان يكون قربة خرج الكل ايضا ويجوز اشتراك اقل من سبعة ولو اثنين في الاصح لانه لما جاز اشتراك السبعة فاشتراك من دونه الى الاثنين جوازه اولى وقولنا في الاصح احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا ان اشترك اثنان لا يجوز عن واحد منهما لان لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز لانه لما جاز ثلاثة الاسباع لواحد منهما صار نصف السبع تبعا له وهو اصح ويقسم لحمها وزنا لانه موزون لا جزافا لان في القسمة معنى التمليك والمبادلة فلم تجز مجازفة عند وجود القدر والجنس الا اذا خلط به اي باللحم من اكارعه او جلده اي يكون في كل جانب شيء من اللحم ومن الاكارع او يكون في كل جانب شيء من اللحم والجلد او يكون في جانب لحم واكارع وفي الآخر لحم وجلد فحينئذ يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس ولو اشترى بدنة للاضحية ثم اشترك فيها ستة جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر ورواية عن ابي حنيفة لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وفي الاشتراك بعد ذلك فلا يجوز ووجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء فكانت الحاجة ماسة الى الجواز فلو لم يجز ذلك لوقع الحرج وهو مدفوع شرعا والاشتراك قبل الشراء احب يعني الاحسن ان لا يشتري حتى يجتمعوا ليكون ابعد عن الخلاف وعن الرجوع عن القربة واول وقتها بعد فجر النحر لكن لا يذبح في المصر قبل صلاة العيد لقوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون اهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز ذبحها بعد انشقاق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر ان يقصر فيه فيضحي بها لما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما اخرت الى ما بعد الصلاة في المصر لما ذكرنا ولو ضحي بعد ما صلى اهل المسجد قبل ان يصلي اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة وان كان على العكس فيجوز على القياس والاستحسان ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد يجز خلافا للحسن ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا تجب الصلاة الا بالامام وحده فكان للاجتهاد فيه مساغ فجعلناه عذرا في جواز التضحية تحرزا بالجواز وصيانة لاضاحيهم عن الفساد ولو وقعت في البلدة فتنة عياذا بالله تعالى ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزاهم لان البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد ولو شهدوا عند الامام انه يوم العيد فصلى بهم ثم انكشف انه يوم عرفة اجزأتهم الصلاة والتضحية

لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجميع المسلمين

بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة لانه لا يمكن التحرز عن مثله ولو لم يصل الامام العيد في اليوم الاول
اخروا التضحية الى الزوال ثم ذبحوا اذ لا يجزيهم الاضحية ما لم يصل الامام في اليوم الاول
الا بعد الزوال فح يجوز لخروج وقتها وكذا في اليوم الثاني لا يجزيهم قبل الزوال الا اذا
كان الامام يرجو ان لا يصلي الامام فح يجزيهم قبل الزوال كذا في الزيلعي
وآخره اي آخر وقتها قبيل غروب الشمس في اليوم الثالث من اول يوم النحر
وقال الشافعي يجوز في اليوم الرابع وهو آخر ايام التشريق كلها ايام النحر
ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها
وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدى الى المقادير وفي تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل
واعتبر آخره اي آخر وقتها للفقر وضده وهو الغنى والولادة والموت فانه اذا كان
غنيا في اول الايام فقيرا في آخرها لا يجب عليه وفي العكس يجب وان ولد في اليوم الاخير
يجب عليه وان مات فيه لا يجب عليه واولها اي اول ايام النحر افضلها لما روي
آنفا عن عمر وعلي وابن عباس موقوفا عليهم وهو كالمرفوع في مثله من التقادير لان الراي
لا يهتدى الى مثله فيحمل عليه ولان فيه مسارعة الى الخير وقد قال تعالى وسارعوا الى مغفرة الآية
وكره الذبح ليلا لاحتمال الغلط في الظلمة لكنه يجوز لان الليالي تبع للايام فصارت اوقاتا
للذبح وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي في اربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق
والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية
لانها تقع واجبة في ظاهر الرواية وسنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع
ولا شك في افضلية الواجب والسنة على التطوع ولان الواجب التقرب باراقة الدم
وذا لا يحصل بالتصدق ولانها تفوت بفوت وقتها والتصدق لا يفوت فكان
ونظيره الطواف للآفاقي افضل من الصلاة لانه بالرجوع يفوته بخلاف المكي فان الصلاة
فان فات وقتها قبل ذبحها لزم التصدق بعين المنذورة حية يعني لو لم يضح
حتى مضت ايام النحر فان كانت اوجب على نفسه بان قال لله علي ان
اضحي بهذه الشاة لزمه التصدق بعين المنذورة حية سواء كان الموجب فقيرا او غنيا
وكذا ما شراها فقير للتضحية وان لم يجب عليه يعني يلزمه ان يتصدق بعينها
حية ايضا لان هذه الشاة تعينت بالنذر او بالشراء بنية الاضحية فلا يجزئه
والاراقة عرفت قربة في وقت معلوم وقد فات فيتصدق بعينها
والغني يتصدق بقيمتها شراها او لا لان الاضحية واجبة في ذمته فاذا فات الوقت
وجب عليه التصدق بقيمتها اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم
بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس
بخلاف جنس الاداء وانما يجزئ فيها اي في الاضحية الجذع من الضان وهو
ما يكون به اليه والجذع منه شاة تمت لها ستة اشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني
انه ابن سبعة اشهر ويجزئ الثني فصاعدا من الجميع اي من الضان والبقر والابل
فالحاصل ان الثني من الجميع فصاعدا يجزئ في الاضحية الا الضان
فان الجذع منه يجزئ لقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم
فليذبح الجذع من الضان رواه البخاري ومسلم واحمد وجماعة وقوله صلى الله
عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضان رواه احمد وقوله صلى الله عليه وسلم
يجزئ الجذع من الضان ضحية رواه ابن ماجه قالوا اذا كان الجذع ضخما بحيث لو خلط
بالثنايا تشتبه على الناظر من بعيد والثني من الضان والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين
ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه نوع من البقر بخلاف
البقر الوحشي حيث لا يجوز التضحية به لان جوازها عرف بالشرع في البقر الاهلي دون الوحشي
والمتولد بينهما يتبع الام وفي المتولد منهما يعتبر الام وكذا في حق الحل يعتبر الام كذا في الزيلعي

ويجوز

ويجوز للاضحية الجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن
والخصي وعن ابي حنيفة هو اولى لان لحمه اطيب وقد صح انه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين
املحين موجوئين احدهما عن نفسه والآخر عن امته والاملح الذي فيه ملحة وهي البياض الذي
يتشوبه شعيرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهو ان يضرب العروق بحديدة ويطعن
من غير اخراج البيضتين يقال كبش موجوء اذا فعل ذلك به والثولاء وهي المجنونة
قيل هذا اذا كانت تعتلف لان مثل هذا لا يخل بالمقصود واما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزئ
والجرباء وهي التي بها جرب السمينة لانها اذا كانت سمينة يكون الجرب في الجلد فقط
ولا يكون نقصانا في اللحم فلا يخل بالمقصود واما اذا كانت مهزولة فلا يجوز لان الجرب
يكون في اللحم فينتقص فيخل بالمقصود لا العمياء وهي التي لا عين لها اصلا ولا العوراء
وهي التي لها عين واحدة والعجفاء التي لا تنقي يعني يبلغ عجفها الى حد لا يكون
في عظمها نقي اي مخ والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك اي المذبح لقوله صلى الله
عليه وسلم لا يجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين
عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي رواه ابو داود والنسائي
وجماعة اخرى وصححه الترمذي ومقطوعة اليد او الرجل لنقصانها وذاهبة
اكثر العين او اكثر الاذن لقوله صلى الله عليه وسلم استشرفوا العين
والاذن اي اطلبوا سلامتهما او اكثر الذنب لانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن
او اكثر الالية وان بقي الاكثر من الاذن والذنب والالية جاز لان للاكثر حكم الكل
بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وفي ذهاب
النصف روايتان ففي رواية يمنع جواز الصلاة وفي رواية لا يمنع فكذا هنا
ان ذهب النصف من كل منها عن ابي يوسف ومحمد روايتان ففي رواية يجوز للاضحية وفي رواية لا
يجوز كذا في الهداية ويجوز ان ذهب اقل من النصف وقيل ان ذهب اكثر
من الثلث لا يجوز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر الثلث
قليلا وفيما زاد عليه لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقيل ان ذهب الثلث لا يجوز
لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الوصية والثلث كثير والحاصل انه قد اختلفت
الروايات عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر وفي الجامع الصغير وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية
او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجزئه ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال
على ما مر في الصلاة ويروى الثلث وقالا اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا
للحقيقة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة
فقال قولك هو قولي قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك
وترتيب قولك لان ابا يوسف اعتبر الاكثر من النصف معيبا وفي كون النصف مانعا
روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف كذا في الهداية وبعضه من الكفاية
ثم ان معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان
لا يعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راته من موضع
يجعل علامة على ذلك الموضع ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب اليها العلف قليلا قليلا
حتى اذا راته من مكان اعلم عليه ايضا ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان المسافة
بينهما الثلث فالذاهب من ضوء العين الثلث وان كان نصفا فالذاهب النصف
وهكذا ولا تجوز الهتماء وهي بفتح الهاء وسكون التاء المثناة الفوقانية التي لا اسنان لها
وعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان القلة والكثرة كالاذن والذنب وعنه
ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود ولا تجوز السكاء وهي التي لا اذن لها خلقة
وان كان صغيرا يجوز قال صاحب المغرب السكاء التي لا اذن لها
خلقة ومن قال هي التي لا قرن لها فقد اخطا انتهى ولا تجوز الجلالة
وهي التي تاكل العذرة ولا تاكل غيرها ولا الجدعاء وهي المقطوع من طرفها او المصرمة وهي

ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه ان يقيم غيرها مقامها ان كان غنيا
وان كان فقيرا يجزيه ذلك لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى
الفقير ليس عليه واجب شرعا فتعينت بشرائه بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها
لانها غير مضمونة عليه وعن ابي سعيد انه قال اشتريت كبشا اضحي به فعدا الذئب فاخذ الياها
فسالت النبي صلى الله عليه وسلم فقال ضح به رواه احمد ويحمل على انه كان فقيرا لان في الغني
لا تجزيه لوجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير لانها لا تجب عليه وانما تعينت بالشراء حتى لو
اوجب الفقير اضحية على نفسه بغير عينها فاشترى اضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا
يسقط عنه الواجب وعلى هذا الاصل اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى
ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح
احديهما وعلى المعسر ذبحهما لان الوجوب على الفقير بالشراء والشراء قد تعدد فيتعدد الوجوب
وعلى الغني بالشرع والشرع لم يوجب الا اضحية واحدة كذا في الزيلعي والنهاية
ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح يعني لو اضجعها للذبح فاضطربت وانكسرت رجلها
مثلا فذبحها اجزاته استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي لان تادي الواجب بالتضحية
لا بالاضجاع وهي صحيحة عند التضحية بها ولنا ان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح
فكان العيب حصل بالذبح وهذا لانه مما لا يستطاع الامتناع منه فقد تنفلت السكين فيصيب
فيصيب عينها وان مات احد سبعة وقال ورثته وهم كبار كذا في النهاية والكافي
اذبحوها عنكم وعنه صح لان التضحية عن الغير عرفت قربة فانه صلى الله عليه وسلم
ضحى عن امته وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه
تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق
بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء للميت ولو ذبحوها بغير اذن الورثة لا يجزيهم
لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن من الورثة وكذا يجوز
لو ذبح بدنة عن اضحية ومتعة وقران لاتحاد المقصود وهو القربة وان اختلفت جهاتها
وياكل من لحم اضحيته ويطعم من يشاء من غني وفقير لما روي انه صلى الله عليه وسلم
قال كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا والنصوص
فيه كثيرة وعليه اجماع الامة على انه لما جاز ان ياكل منها وهو غني فاولى ان يجوز اطعامه
وان كان غنيا ويندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاث الاكل
والادخار لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم فكلوا وادخروا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع
والمعتر فانقسمت عليها اثلاثا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض
للسؤال ولا يسال وهذا في الاضحية الواجبة والسنة اذا لم تكن واجبة بالنذر وان
وجبت بالنذر فليس لصاحبها ان ياكل منها شيئا ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء كان
الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته ولا ان يطعم
ويندب تركه اي ترك التصدق باللحم لذي عيال توسعة عليهم اي على العيال ويندب ان يذبح بيده
ان احسن الذبح لان الاولى في القرب ان يتولاها الانسان بنفسه وان امر غيره فلا يضره
لانه صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين ثم اعطى الحربة عليا كرم الله وجهه
فنحر الباقي والا اي وان لم يحسن ذبحه بامر غيره كيلا يجعلها ميتة ويحضرها لقوله صلى الله عليه وسلم
لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب
ويكره ان يذبحها كتابي لانها قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز
لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل
الذكاة فكان افسادا لا قربة ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه الجلد آلة كجراب وخف
لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها اتخذت من جلد اضحيتها سقاء او يشتري به ان باع الجلد ما ينتفع به مع بقائه اي بقاء
ما ينتفع به كغربال ونحوه لان للبدل حكم المبدل فيه بقوله مع بقائه لانه لو اشترى بجلدها ما لا ينتفع
الا باستهلاك عينه كالطعام لا يجوز لان الامر ورد بان ينتفع به او يهدى وعن هذا قال الا بما يستهلك
كخل وشبهه فان بدل اللحم او الجلد به اي بما يستهلك يتصدق به والمعنى فيه انه لا يتصرف على قصد

قال صاحب الهداية

قال صاحب الهداية واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع الا
باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله صلى الله عليه وسلم من باع جلد اضحيته
فلا اضحية له يفيد كراهة البيع واما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم وقال
صاحب النهاية وقوله في الصحيح احتراز عما ذكر في الذخيرة محالا الى الاجناس انه لو اراد بيع لحم
الاضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك فليس له في اللحم الا ان يطعم او ياكل منها حال الجواب
في الجلد انه لو باع بشيء ينتفع به بعينه يجوز ولو باع بشيء لا ينتفع به الا بعد استهلاكه لا يجوز وفي اللحم
لا يجوز اصلا سواء باع بشيء لا ينتفع به بعينه او باع بشيء لا ينتفع به الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام
ان الجواب في اللحم كالجواب في الجلد ان باع بشيء ينتفع به بعينه يجوز تايد هذا القول بما روي عن
محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا باس بلبسه كذا في الذخيرة انتهى ولو ذبح اضحية غيره بغير امره جاز
استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب
وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر
ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت
بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها
فان قيل يفوت من المضحي امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا
يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه لان الاستعانة بغيرها مكروه وكونه معجلا به
ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر صح ولا ضمان استحسانا والقياس ان لا يجوز الاضحية
ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر وجه القياس ووجه الاستحسان ما ذكرنا في المسئلة السابقة
ويتحللان اي يطلب كل واحد منهما الحل من الآخر يعني ياكل منهما اضحيته ان كانت باقية وان كانت
يحلل كل واحد منهما صاحبه لانه لو اطعم الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء
وان تشاحا اي اختلفا ولم يرضيا ضمن كل واحد منهما صاحبه قيمة لحمه ويتصدق بها اي بقيمته
لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن مالكه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان
وصحت التضحية بشاة الغصب لا الوديعة يعني لو غصب شاة وضحى بها ثم ادى ضمانها حكمنا باجزائها عن الاضحية
وقال زفر لا يصح لعدم الملك عند التضحية ولنا انه يملكها عند اداء الضمان مستندا الى الغصب
السابق فكانت التضحية واردة على ملكه لكن ياثم لانه ابتداء فعله وقع محظورا ودون شاة الوديعة
لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده فكانت التضحية واردة على غير ملكه فلا تجوز عن الغصب
فانه كان ضامنا قبل الذبح لوجود سبب الضمان وهو الغصب السابق وضمنها اي شاة الغصب
وشاة الوديعة لانها ملك الغير قال صاحب الدرر وجه الفرق في الاول الثاني ان يملك في
بشيئين وقت الغصب وفي الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح في غير الملك كذا في النهاية
والكافي وسائر الكتب المعتبرة قال صدر الشريعة يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل
فيكون غاصبا قبل الذبح اقول حقيقة الغصب كما تقرر في موضعه ازالة اليد المحقة و
اثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد في الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل
ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما يقتضيه مذهب الجمهور انتهى ما ذكره صاحب الدرر
وقال صاحب الاصلاح والايضاح وفي شرح مختصر القدوري للزاهدي بعلامة صدر الدين الذي
وقيل يجزيه لانها ضمنها بالاضجاع والشد وجوابه ان الكلام في ذبح شاة الوديعة على ما ذكر يكون
مغصوبا ولا وجه لانكار ذبح الوديعة قبل ان يغصب وقال مولانا اخي چلبي في تعليقته على صدر الشريعة
وقد يتكلف في جوابه بانه وان سلم ان مقدمات الذبح قد تعد غصبا لكن لا نسلم انه لا يتصور الا
لان بعض المقدمات كشد الرجل مثلا يجوز ان يكون للحفظ الواجب على المودع فلا يتعين
الغصب الا بالذبح بخلاف ما اذا غصب لكن نقول الغصب عبارة عن ازالة اليد
المحقة واثبات اليد المبطلة كما تقرر في موضعه ونهاية ما يتصور فيما ذكره هو الثاني واما
الازالة فلا يتحقق الا بنفس الذبح كما هو مذهب الجمهور انتهى اقول الفقير يمكن ان يقال لعل مراد من يقول يصير
غاصبا وان ما باله قوله لان بعض المقدمات كشد الرجل مثلا يجوز ان يكون للحفظ الواجب على المودع

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من اصل او فرع
ترد فيه الكراهية • الايرى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التعرف
في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت
الكراهة فناسب ذكر الكراهية بعدها ثم انما اختص هنا الكتاب هنا
وفي الجامع الصغير وشرح الطحاوي بلفظ الكراهية وفي بعض الكتب بلفظ الحظر والاباحة
كما هو المذكور في الايضاح والتحفة والتتمة وفتاوى قاضيخان •
وفي بعض الكتب بلفظ الاستحسان كما هو المذكور في المبسوط والذخيرة والمغني
لما ان هذا الكتاب من اجناس مختلفة لم يستجمع جنس واحد كمسائل الاضحية وغيرها
فلقبه بعضهم باسم معنى ذلك الاسم يوجد في عامة مسائله من الكراهية او الحظر او الاباحة
ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظ الاستحسان
احسن فلقب به او لان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيه وهي مصدر كره الشي
يكره كرها وكراهية وفي المغرب كرهت الشي كراهة وكراهية اذا لم ترده ولم ترض به •
واكرهت فلانا اكراها حملته على امر يكرهه والكره بالفتح الاكراه والكره بالضم الكراهة
وعن الزجاج كل ما في القرآن من الكره فالفتح فيه جائز الا قوله وهو كره لكم في سورة البقرة
ثم ان الكراهة في اللغة هو ضد المحبة والرضا قال الله تعالى عسى ان تكرهوا شيئا وهو
خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم كذا في كتاب الحدود والاحكام للمولى السيد الجعفي
المكروه كراهة التحريم الى الحرام اقرب عند ابي ح وابي يوسف لتعارض الادلة فيه
وتغلب جانب الحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد
غلب الحرام الحلال • قالوا معناه دليل الحل والحرمة كذا في الاختيار •
وعند محمد كل مكروه كراهة التحريم حرام ولم يلفظ به
يعني لم يطلق على المكروه لفظ الحرام حيث عد المكروهات كراهة التحريم
لعدم الدليل القاطع بحرمته قال المولى الشهير بهستفلشخ ان المكروه كراهة
التحريم عند محمد عبارة عن حرام ثبت حرمته بدليل ظني والحرام ما ثبت
حرمته بدليل قطعي فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى
الفرض • وهذا واضح لا غبار عليه انتهى • ثم انه قال بعض الفضلاء
في زماننا لا يوجد ثمرة الخلاف بين محمد والشيخين وانما يستفضله بغاية الاستفصال
لكن يقول الفقير يمكن ان يقال ثمرة الخلاف بينهما تظهر في اليمين •
فمن حلف لا افعل الحرام ففعل المكروه كراهة التحريم يحنث عند محمد رح
ولا يحنث عندهما قال الشيخ الكبير صدر الدين القونوي رح
في غرر الاذكار شرح درر البحار • اعلم ان المكروه تنزيها
ما تركه اولى من تحصيله وهو المعبر عنه في عبارة الفقهاء بقولهم
ولا بأس • والمكروه تحريما ما يتعلق به محذور دون استحقاق
عقوبة النار وهو ملحق بالحرام انتهى • يقول الفقير
يمكن ان يخرج مما قاله قدس الله سره ثمرة خلاف اخرى
بين محمد والشيخين رضي الله عنهم غير ما ذكرناه اولا • فتدبر •
وقال بعض الفضلاء في الفصل بين التحريمي والتنزيهي
ان الكراهة المذكورة في كتاب الصلاة وما يتعلق بها تنزيهية
وما ذكر في كتاب الصيد والحظر والاباحة تحريمية كذا في حاشية اخي چلبي والله اعلم

فصل في الاكل

منه اي بعض الاكل فرض وهو ما يندفع به الهلاك لانه لا بقاء له بدونه وبه يتمكن
من اداء الفرائض ويوجر على ذلك قال صلى الله عليه وسلم ان الله ليوجر
في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد الى فيه فان ترك الاكل والشرب حتى
هلك فقد عصى • لان فيه القاء النفس الى التهلكة وانه منهي في محكم التنزيل
وبعضه مندوب وهو ما زاد على ما يندفع به الهلاك ليتمكن من الصلاة قائما
ويسهل عليه الصوم قال صلى الله عليه وسلم المؤمن القوي احب الى الله
من المؤمن الضعيف ولانه لاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة • وسئل ابو ذر
رضي الله عنه عن افضل الاعمال فقال الصلوة واكل الخبز اشارة الى ما قلنا
كذا في الاختيار وبعضه مباح وهو ما زاد منتهيا الى الشبع لزيادة قوة
البدن • ولا اجر فيه ولا وزر ويحاسب عليه حسابا يسيرا ان كان من حلال
وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بعرق فيه تمر ورطب فقال لتحاسبون
في هذا فقال عمر رضي الله عنه افي هذا نحاسب فقال صلى الله عليه وسلم اي
والله والذي نفسي بيده انكم لتحاسبون يوم القيمة • في الماء البارد والماء الحار الا
خرقة تستر بها عورتك وكسرة خبز ترد بها جوعتك وشربة ماء تطفئ بها عطشك
وقال صلى الله عليه وسلم يكفي ابن آدم لقيمات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف
وبعضه حرام وهو الزائد عليه اي على الشبع لانه اضاعة للمال وامراض للنفس
ولانه تبذير واسراف • وقد قال الله تعالى ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين
وقال ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين • وقال صلى الله عليه وسلم ما ملأ ابن آدم
وعاء شرا من البطن • وتجشى رجل في مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كف
عنا جشاءك اما علمت ان اطول الناس جوعا يوم القيمة اكثرهم شبعا في الدنيا •
الا ان قصد التقوي على صوم الغد لان فيه فائدة به او لئلا يستحيي الضيف
لانه اذا امسك والضيف لم يشبع ربما استحيى فلا ياكل حياء وخجلا فاذا
لا بأس بالاكل فوق الشبع لئلا يكون ممن اساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا
ولا تجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة قال صلى الله
ان نفسك مطيتك فارفق بها وليس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز
فكذا ما يفضي اليها • واما تجويع النفس على وجه الذي لا يعجز عن اداء العبادة
فهو مباح وفيه رياضة النفس • وبه يصير الطعام مشتهى • وقد ورد في الخبر ان الجوع
طعام الله يحيي به ابدان الصديقين • بخلاف الاول فانه اهلاك للنفس
وكذا الشاب الذي خاف الشهوة لا بأس بان يمتنع عن الاكل ليكسر شهوته بالجوع على
لا يعجز عن اداء العبادات على ما قال صلى الله عليه وسلم فان له وجاء •
ومن امتنع من الميتة حال المخمصة او صام ولم ياكل حتى مات
اثم لانه اتلف نفسه لما بيناه انه لا بقاء له الا بالاكل • والميتة
حال المخمصة اما حلال او مرفوع الاثم فلا يجوز الامتناع عن اكلها
انما تعين لاحياء النفس • وروي ذلك عن مسروق وجماعة
من العلماء والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين • واذا كان ياثم
بترك اكل الميتة فما ظنك بترك اكل الذبيحة وغيرها من الحلال
حتى يموت جوعا • بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات
فانه لا ياثم لانه لا يتعين بان هذا الدواء يشفيه ولعله يصح من غير علاج •

ولا بأس بالتفكه بأنواع الفواكه لقوله تعالى كلوا من طيبات ما
رزقناكم وفيه نزل قوله تعالى ولا تحرموا طيبات ما احل الله لكم
كذا في الاختيار وتركه اي ترك التفكه بانواع الفواكه افضل
لئلا ينقص درجته ولا يدخل تحت قوله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا
واتخاذ الوان الاطعمة سرف وهو محرم كما ضد القصد وكذا وضع الخبز
على المائدة اكثر من قدر الحاجة لان النبي صلى الله عليه وسلم عده من اشراط
الساعة وعن عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك
الا ان يكون من قصده ان يدعو الاضياف قوما بعد قوم حتى يأتوا على آخره لان فيه
فائدة ومن الاسراف ان يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه او يأكل ما انتفخ منه
ويترك الباقي لان فيه نوع تجبر الا ان يكون غيره يتناوله فلا بأس كما اذا اختار
رغيفا دون رغيف ومسح الاصابع او السكين بالخبز ووضع المملحة عليه
اي على الخبز مكروه لان غيره يستقذر ذلك وفيه اهانة بالخبز وقد امرنا
باكرامه قال صلى الله عليه وسلم اكرموا الخبز فانه من بركات السموات والارض
وقال صلى الله عليه وسلم ما استخف قوم بالخبز الا ابتلاهم الله بالجوع
ومن اكرام الخبز ان لا ينتظر الادام اذا حضر ومن الاسراف اذا سقط من يده لقمة
ان يتركها وقد قال صلى الله عليه وسلم التقطها الاذى ثم كلها
وسنة الاكل البسملة في اوله والحمدلة في آخره قال صلى الله عليه وسلم
ان الله يرضى من عبده المؤمن اذا اتتم اليه طعام ان يسمي الله في اوله ويحمد الله
في آخره وان نسي البسملة في اوله فليقل اذا ذكر بسم الله اوله وآخره
جميع ذلك ورد الاثر وسنة الاكل غسل اليدين قبله وبعده قال صلى الله عليه وسلم
الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم والمراد بالوضوء هنا غسل اليد
ويبدأ بالشبان قبله اي قبل الطعام وبالشيوخ بعده وهو الادب كذا في الاختيار
يقول الفقير ولم يذكروا وجه كونه ادبا لعل وجهه ان هنا تعظيما للشيوخ
كيلا ينتظروا الطعام الى ان يغسل الشبان ايديهم ويشرعوا الى الطعام
عقب غسل ايديهم ثم انه رايت ان شارح الشرعة ذكر هذا الوجه
فقلت الحمد لله الذي هدانا لهذا ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون
اثر الغسل باقيا وقت الاكل ويمسحها بعده ليزول اثر الطعام بالكلية
ولا يحل شرب لبن الاتان وهي الحمارة جمعها اتن بضم الهمزة وضم التاء المثناة
الفوقانية او سكونها كذا في القاموس وانما لا يحل لان اللبن متولد من اللحم
فاخذ حكمه وكذا لبن الخيل كره عند ابي حنيفة كلحمه عندهم ذكره قاضيخان
في فتاواه ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن
اكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي تعتاد اكل الجيف والنجاسات ولا تخلط
فيتغير لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدر
لذلك مدة في الاصل وقدره النوازل بشهر وقيل باربعين يوما في الابل
وبعشرين يوما في البقر وبعشرة ايام في الشاة وبثلاثة ايام في الدجاج
واما التي تخلط بان تتناول النجاسات والجيف وتتناول غيرها على وجه
لا يظهر الاثر في لحمها فلا بأس بها ولهذا يحل اكل جدي غذي بلبن الخنزير
لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له اثر وعلى هذا قالوا لا بأس
باكل الدجاج لانه يخلط فلا يتغير لحمه وما روي انه صلى الله عليه وسلم كان
يأكل الدجاج يحبسه ثلاثة ايام ثم يذبح فذلك على سبيل التنزه
ولو سقي ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره وكذا في الزيلعي

ولا يحل

ولا يحل بول الابل قال صدر الشريعة واما بول الابل فحرام
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحل به التداوي لحديث عرنيين
وعند محمد يحل مطلقا لانه لو كان حراما لا يحل به التداوي
وقد قال صلى الله عليه وسلم ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم
وابو يوسف يقول لا يبقى حراما للضرورة وابو حنيفة يقول
الاصل في البول الحرمة وهو صلى الله عليه وسلم قد علم فيه شفاء العرنيين
وحيا واما في غيرهم فالشفاء غير معلوم فلا يحل يقول الفقير
والتحقيق بالقبول ان قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا عن البول
فان عامة عذاب القبر منه عام وورد بعد حديث العرنيين وحديث العرنيين
خاص ويجوز نسخ الخاص بالعام على ما عرف في الاصول
ولا يحل استعمال اناء ذهب او فضة لرجل وامرأة لما روي عن حذيفة رضي الله عنه
انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
لا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها
لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم ولغيرهما وعن ام سلمة رضي الله عنها
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الذي يشرب في اناء الفضة انما يجرجر
في بطنه نار جهنم رواه البخاري ومسلم واحمد وقال صلى الله عليه
وسلم ان الذي يأكل ويشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه
نار جهنم رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في الذي يشرب في اناء الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه احمد
وابن ماجه رضي الله عنهما والجرجرة تردد صوته من جرجر الفحل اذا ردد صوته
في ضجرته وعن البراء بن عازب رضي الله عنه انه قال نهانا
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب في الفضة فانه من شرب فيها
في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة رواه مسلم فاذا ثبت ذلك
في الشرب والاكل فكذا في التطيب وغيره لانها مثلهما
في الاستعمال وكذا الادهان قيل صورة الادهان
المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب او الفضة التي فيها الدهن
ويصب الدهن على الراس واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن فصبه
على الراس لا يكره ذكره في الذخيرة يقول الفقير
وللاشارة الى العموم قال المصنف رحمه الله در واستعمال اناء ذهب او فضة
ولم يقل والاكل والشرب في اناء ذهب وفضة كما قال بعضهم
ويستوي في عدم حل الاستعمال الرجل والمرأة لاطلاق ما روينا
وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج ورصاص
وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب او الفضة
في التفاخر به قلنا لا نسلم انه كانت عادتهم جارية بالتفاخر
في غير الذهب والفضة فلم يكن هذه الاشياء في معناهما
فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاواني من الصفر لما روي
عن عبد الله بن زيد رضي الله عنهما انه قال اتانا
رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجنا ماء في تور من صفر فتوضأ
رواه البخاري وابو داود وغيرهما ويمكن ان يستدل به على اباحة
غير الذهب والفضة لانه في معناه كذا في الزيلعي والله اعلم

فصل في الكسب

قال محمد بن سماعة سمعت محمد بن الحسن يقول طلب الكسب فريضة
كما ان طلب العلم فريضة وهذا صحيح لما روى ابن مسعود رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم
وقال صلى الله عليه وسلم طلب الكسب بعد الصلوة المكتوبة اي الفريضة بعد الفريضة
وهذا لانه لا يتوسل الى اقامة الفرض الا به فكان فرضا لانه لا يتمكن من اداء العبادات
الا بقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة قال الله تعالى وما جعلناهم
جسدا لا ياكلون الطعام وتحصيل القوت بالكسب ولانه يحتاج في الطهارة
الى آلة الاستقاء والانية ويحتاج في الصلاة الى ما يستر عورته وكل ذلك انما
يحصل عادة بالاكتساب والرسل عليهم الصلاة والسلام كانوا يكتسبون
فادم عليه السلام زرع الحنطة وسقاها وحصدها وداسها وطحنها وعجنها وخبزها فاكلها
ونوح عليه السلام كان نجارا وابرهيم عليه السلام كان بزازا وداود عليه السلام كان يصنع الدرع
وسليمن عليه السلام يصنع المكاتل من الخوص وزكريا عليه السلام كان نجارا
ونبينا عليه الصلاة والسلام رعى الغنم وكانوا ياكلون من كسبهم
وكان الصديق رضي الله عنه بزازا وعمر الفاروق رضي الله عنه يعمل في الاديم
وعثمان ذي النورين رضي الله عنه كان تاجرا يجلب الطعام ويبيعه
وعلي المرتضى رضي الله عنه كان يكتسب فقد صح انه رضي الله عنه كان يواجر نفسه
ولا يلتفت الى جماعة انكروا ذلك وقعدوا في المساجد واعينهم طامحة وايديهم
الى ما في ايدي الناس فيسمون انفسهم المتوكلة وليسوا كذلك يتمسكون
بقوله تعالى وفي السماء رزقكم وما توعدون وهم بمعناه وتاويله جاهلون
فان المراد به المطر الذي هو سبب انبات الرزق ولو كان الرزق ينزل علينا من السماء لما امرنا
بالاكتساب والسعي في الاسباب قال الله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه
وقال تعالى انفقوا من طيبات ما كسبتم وفي الحديث ان الله يقول يا عبدي حرك يدك
انزل عليك الرزق وقال تعالى وهزي اليك بجذع النخلة تساقط عليك رطبا
وكان تعالى قادرا ان يرزقها من غير هز منها لكن امرها ليعلم العباد ان لا يتركوا
اكتساب الاسباب فان الله تعالى هو الرزاق ونظير هذا خلق الانسان
فان الله تعالى قادر على خلقه لا من سبب ولا في سبب كادم عليه الصلاة والسلام
وقد يخلق من سبب لا في سبب كحواء رضي الله عنها وقد يخلق في سبب لا من سبب كعيسى
وقد يخلق من سبب في سبب كسائر بني ادم فطلب العبد الولد بالنكاح
لا ينفي كون الخالق هو الله تعالى والدلائل على ذلك كثيرة والاحاديث الواردة
فيه متوافرة وكتابنا هذا يضيق عن استيعابها وفي هذا تفريع تتبع الكتب حتى تقنع
افضله ان افضل الكسب الجهاد لان فيه الجمع بين حصول الكسب واعزاز
الدين وقهر عدو الله تعالى ثم التجارة لان النبي صلى الله عليه وسلم
حث عليها وقال التاجر الصدوق مع الكرام البررة
وقال ان الله يحب التاجر الصدوق ثم الحراثة واول من
فعلها آدم عليه السلام وقال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه
وقال اطلبوا الرزق تحت خبايا الارض ثم الصناعة لانه
صلى الله عليه وسلم حرض عليها وقال الحرفة امان من الفقر ومنهم
من فضل الزراعة على التجارة لانها اعم نفعا قال صلى الله عليه وسلم ما زرع
او غرس مسلم شجرة فتناول منها انسان او دابة او طير الا كانت له صدقة

ثم ان الكسب

ثم ان الكسب انواع وعن هذا قال ومنه اي وبعض الكسب فرض وهو الكسب
قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه لما بينا انفا انه لا يتوسل الى اقامة
الفرض الا به خصوصا الى قضاء الدين ونفقة من يجب عليه نفقته فان ترك الاكتساب
بعد ذلك وسعه وان اكتسب ما يدخره لنفسه ولعياله فهو في سعة فقد صح ان النبي
صلى الله عليه وسلم ادخر قوت عياله سنة ومستحب وهو الزيادة عليه اي على قدر الكفاية
ليواسي به اي بالزائد فقيرا او يصل به قريبا فانه افضل من التخلي لنفل العبادة لان منفعة
الكسب له ولغيره قال صلى الله عليه وسلم خير الناس من ينفع الناس وقال عليه السلام
الناس عيال الله في الارض واحبهم اليه انفعهم لعياله ومباح وهو الزيادة للتجمل
والتنعم قال صلى الله عليه وسلم نعم المال الصالح للرجل الصالح وقال صلى الله عليه
وسلم من طلب الدنيا حلالا مستغنيا لقي الله ووجهه كالقمر ليلة البدر
وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر وان كان من حل قال صلى الله عليه وسلم من طلب
الدنيا مفاخرا مكاثرا لقي الله تعالى وهو عليه غضبان وينفق على نفسه
وعياله بلا اسراف ولا تقتير ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ولا يمنعهم عنها
بل يكون وسطا قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان
بين ذلك قواما ولا يستديم الشبع قال صلى الله عليه وسلم اجوع يوما
واشبع يوما فالحاصل انه يحرم على السلطان الافساد بما اكتسبه والحرق
والمخيلة قال الله تعالى ولا تبغ الفساد في الارض وقال والله لا يحب
الفساد وقال ولا تسرفوا ان الله لا يحب المسرفين وقال
ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين ومن
قدر على الكسب لزمه ان يكتسب لما بينا وان عجز عنه اي عن الكسب لزمه
السؤال فانه نوع اكتساب لكن لا يحل الا عند العجز قال صلى الله عليه وسلم
السؤال آخر كسب العبد فان ترك السؤال حتى مات من جوعه
اثم لانه القى بنفسه الى التهلكة فان السؤال يوصله الى ما يقوم به نفسه
في هذه الحالة كالكسب ولا ذل في السؤال في هذه الحالة فقد اخبر الله
عن موسى وصاحبه عليهما السلام انهما اتيا اهل قرية استطعما اهلها
الاية وقال عليه الصلاة والسلام لرجل من اصحابه هل عندك شيء فاكله
وان عجز عنهما اي عن السؤال يفترض على من علم به ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه
صونا له عن الهلاك فان امتنعوا عن ذلك حتى مات اشتركوا في الاثم
قال صلى الله عليه وسلم ما آمن بي من بات شبعان وجاره الى جنبه طاو
وقال صلى الله عليه وسلم ايما رجل بات جائعا بين اقوام اغنياء فقد برئت
عنهم ذمة الله وذمة رسوله واذا اطعمه واحد سقط عن الباقين وكذا
اذا رآه يموت عطشا اشرف على الهلاك او ما هو كذلك يترحم ضر البرد كذا في الاختيار
ومن كان له قوت يومه لا يحل له السؤال لقوله صلى الله عليه وسلم من سال الناس
وهو غني عنها سال جاء يوم القيمة ومسئلته خموش او خدوش او كدوح في وجهه
ولانه اذل نفسه من غير ضرورة وانه حرام قال صلى الله عليه وسلم لا يحل للمسلم ان يذل
نفسه ويكره اعطاء سؤال بضم السين وتشديد الواو جمع سائل كالجهال
او هو بالتخفيف مصدر بمعنى اسم الفاعل المسجد لانه قد جاء في الاثر ينادي يوم القيمة الا ليقم
بغيض الله فيقوم سؤال المسجد وقيل ان كان السائل في المسجد لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر
بين يدي المصلي لا يكره اعطاؤه وهو المختار لانه روي انهم كانوا يسالون في المسجد على عهد
صلى الله عليه وسلم حتى روي ان عليا كرم الله وجهه تصدق بخاتمه في الصلاة فمدحه
بقوله ويؤتون الزكوة وهم راكعون وان كان يمر بين يدي المصلي ويتخطى رقاب الناس يكره اعطاؤه

وفي فتاوى قاضيخان قال ابو نصر من اخرجهم عن المسجد ارجو ان يغفر له
باخراجهم وقال بعض العلماء من تصدق بفلس في المسجد يوم الجمعة ثم تصدق بعده
باربعين فلسا لم يكن كفارة لذلك الفلس الواحد وعن خلف بن ايوب انه قال
لو كنت قاضيا لا اقبل شهادة من تصدق على هؤلاء في المسجد الجامع
يقول الفقير وكان يقول استادنا وسيدنا وشيخنا ومولانا ومن كل الوجوه اعلانا
شمس الدين السيواسي قدسنا الله بسره وفي قولهم يكره اعطاء سؤال المسجد
وقولهم على هؤلاء اشارة الى الزجر والمنع للسائل نفسه كيلا يكره اعزاز للعين
وسببا لتشويش المصلين وتخطي رقاب الجلوس واما اذا كان جامع الفلوس
مؤذنا او اماما يعرف حال فقير ويجمع له ترحما عليه وشفقة له بعد الفراغ من الصلاة
او قبله لا يكون داخلا تحت هذا الزجر والنهي كما وقع امثال هذا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
ولا يجوز قبول هدية امراء الجور لان الغالب في مالهم الحرمة الا اذا علم ان اكثر ماله
من حل بان كان صاحب تجارة او زرع فح لا باس بقبول هديته لان اموال الناس
لا يخلو من قليل حرام لكن المعتبر الغالب وكذا اكل طعامهم قال صاحب الهداية
شرح تحفة الملوك الا اذا قال الامير الظالم انه حلال ورثه او استقرضه
وكان الامام ابو القاسم الحكيم ياخذ جوائز السلطان والحيلة فيه ان يشتري شيئا
بثمن مطلق ثم ينقده من اي مال كان كذا روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه
وعنه ان المبتلى بطعام السلطان او غيره من الظلمة يتحرى ان وقع في قلبه الحل قبل واكل
والا لا لقوله صلى الله عليه وسلم استفت قلبك وهذا فيمن به ورع وصفاء قلب
فانه ينظر بنور الله تعالى ويدرك بالفراسة كذا في البزازية رجل مات وترك مالا
ولم يعلم وارثه من اين حصله يحل له وان علم انه حصله من حرام كالرشوة ونحوها
فان علم صاحبه يرده عليه والا تصدق بنية خصم ابيه والتورع لمن هذا المال اولى
وكذا ما اخذه المغني والنائحة لكن الامر فيه اسهل وايسر من الاول لان
صاحبه اعطاه برضاه من غير شرط لكنه خبيث لتخصيصه بالخبيث كذا في النوازل
ولا يكره اجارة بيت بالسواد يعني بالقرية ليتخذ بيت نار او كنيسة
معطوف على بيت او بيعة او يباع معطوف على قوله يتخذ اي ليباع فيه الخمر
عند ابي ح وعندهما يكره لانها اعانة على المعصية وقال الله تعالى
تعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولابي ح
على منفعة البيت ولهذا يجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيها انما المعصية
في فعل المستاجر وهو مختار فيه فينقطع نسبته عنه فصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها
او ياتيها من دبر او بيع الغلام من لوطي ويكره في المصر اجماعا لانهم لا يمكنون من
احداث المعابد واظهار بيع الخمر والخنازير في الامصار لظهور شعار الاسلام فيها
فلا يعارض باظهار شعار الكفر بخلاف السواد وكذا يكره اجماعا في سواد غالب
اهله اهل الذمة واما في سواد غيرها فاعلام الاسلام ظاهرة فلا يمكنون ايضا
فيها وهو الاصح ومن حمل لذمي خمرا باجر طاب له الاجر عند ابي ح وعندهما
يكره لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر
عشرا ومنها حاملها والمحمول اليه ولابي ح ان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية
انما المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل
لان حملها قد يكون للاراقة او للتخليل والحديث محمول على الحمل المقرون
بقصد المعصية على هذا الخلاف اذا آجر دابة لينقل عليها الخمر او آجر
نفسه ليرعى الخنازير فانه يطيب له الاجر عند ابي ح وعندهما يكره هـ

(هامش: اهل الاسلام قال صاحب الهداية قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب اهله م)

وفي المحيط

وفي المحيط لا يكره بيع الزنانير للنصراني والقلنسوة من المجوسي لان ذلك اذلال لهما
ولو ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على زي المجوس او الفسقة او خياطا
امره ان يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل ذلك لان هذا تسبب
للتشبه بالمجوس والفسقة ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته
واستعارة دابته وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين يعني الدراهم
والدنانير والقياس ان لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من اهله لكن جوز
في اليسير استحسانا لانه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه المجاهزون
ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ومن ملك شيئا ملك ضروراته
وقد صح ان سلمان الفارسي رضي الله عنه اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم
هدية قبل ان يعتق وقبلها النبي صلى الله عليه وسلم وقبل هدية بريرة
رضي الله عنها وكانت مكاتبة وقال هو لها صدقة ولنا هدية
وكان صلى الله عليه وسلم يجيب دعوة المملوك وعلى هذا كانت
الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين حتى روي عن ابي سعيد مولى ابي اسيد
انه قال دعوت رهطا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفيهم ابو ذر رضي الله عنه فحضرت الصلوة فتقدم منهم فقدموني وانا يومئذ
عبد ولا ضرورة ولا اثر في الثياب والدراهم والدنانير فبقيت على الاصل
ويقبل في المعاملات قول الفرد ولو كان انثى او عبدا او فاسقا
او كافرا كقوله اي قول الفرد شريت اللحم من مسلم او كتابي
فيحل او شريته من مجوسي فيحرم لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين
يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات
فلو شرط شرطا زائدا ادى الى الحرج فيقبل قوله فيها دفعا للحرج
قال صاحب الكنز ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة
قال الفاضل الزيلعي وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات
ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة
الا اذا كان قبوله في المعاملات يتضمن قبوله في الديانات فح
يدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها وكم من شيء
يصح ضمنا وان لم يصح قصدا الا ترى ان بيع الشرب وحده لا يجوز
وتبعا للارض يجوز فكذا هنا يدخل حتى اذا كان له خادم
او اجير مجوسي فارسله ليشتري له لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم وسعه اكله وان قال اشتريته من مجوسي لا يسعه اكله
لانه لما قبل في حق الشراء منه لزم قبوله في حق الحل والحرمة لما ذكرنا
وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بان قال هذا حلال او قال هذا حرام
وقال صاحب الدرر ليس الساهي صاحب الكنز
لان مراده بالحل والحرمة ما يحصل في ضمن المعاملات لا مطلق الحل
والحرمة كما توهم بدليل انه قال في الكافي
ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة حتى لو كان له اجير مجوسي
او خادم مجوسي فارسله ليشتري لحما فاشتري وقال اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم وسعه اكله وان كان غير ذلك لم يسعه اكله ثم قال ولهذا ان
خبر الكافر في المعاملات مقبول بالاجماع لصدوره عن عقل ودين
مانع من الكذب ومساس الحاجة الى قبوله لكثرة المعاملات
وكونه من اهل الشهادة في الجملة فظهر ان مراد صاحب الكنز ما ذكرنا

والعجب انه بعد ما اعترض عليه بهذا الاعتراض نقل بعض كلام الكافي وكان عليه ان يترك بدل الاعتراض اراد بالحل والحرمة ما يحصل في ضمن المعاملات ويجعل كلام الكافي قرينة عليه فليتأمل انتهى ما ذكره صاحب الدرر يقول الفقير ليس مراد الفاضل الزيلعي التعليل بكونه سهوا بل مراده ان يقول انه اراد بالحل والحرمة الحل والحرمة مطلقا يكون سهوا قطعا وان اراد ما يحصل في ضمن المعاملات فلا قرينة تدل عليه في كلام صاحب الكنز الامر بعده ويقبل في المعاملات لا في الديانات مع انه يرد الاعتراض عليه ايضا . فتدبر

ويقبل قول العبد والامة والصبي في الهدية كما اذا جاء كل واحد منهم بهدية وقال اهدى اليك فلان هذه الهدية يحل قبولها منه والاذن يعني لو قال انا ماذون في التجارة يقبل قوله لانه من المعاملات . واصله ان المعاملات يقبل فيها خبر كل مخبر حرا كان او عبدا مسلما او كافرا صغيرا او كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى سقوط اشتراط العدالة فان الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله او يستخدمه او يبعثه الى المصالح ونحو ذلك . ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لا نسد باب المعاملات وفي ذلك حرج عظيم . ولان المعاملات ليس فيها الزام فلا معنى لاشتراطها فيها الزام اشتراطه لان الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيها التزوير والاشتغال بالاباطيل

وشرط العدل في الديانات لانه لا يكثر وقوعها كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة ولان الفاسق متهم في الديانات وكذا الكافر والصغير منها كالخبر عن نجاسة الماء فانها من الديانات فيتيمم ان اخبر بها اي بنجاسة الماء مسلم عدل ولو كان انثى او عبدا لترجح جانب الصدق في خبره لظهور عدالته ويتحرى في الفاسق والمستور يعني ان كان المخبر فاسقا او مستور الحال يتحرى ثم يعمل بغالب رأيه يعني ان غلب على ظنه انه صادق فيتيمم ولا يتوضأ به وان غلب على ظنه انه كاذب يتوضأ ولا يتيمم ولو اراق الماء الذي اخبر بنجاسته فاسق او مستور فيتيمم عند غلبة صدقه ويتوضأ معطوف على قوله اراق والمعنى لو لم يرق الماء ويتوضأ ويتيمم عند غلبة كذبه كان احوط لان التحري مجرد ظن فلا يسقط به احتمال ضده . قال الفاضل الزيلعي ان محل الخبر انواع احدها خبر الرسول فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبره صلى الله عليه وسلم فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند ابي يوسف وهو اختيار الخصاف خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنه والثالث حقوق العباد فيما فيه الالزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة والعدد ولفظة الشهادة والحرية والرابع حقوق العباد فيما فيه الالزام من وجه دون وجه فيشترط فيها احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يقبل عندهما خبر كل مخبر والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز ... على ما بينا انتهى

فصل في اللبس

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهة ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم الانسان اللبس لكثرة الاحتياج اليه الكسوة منها فرض وهو ادنى ما هو ما يستر العورة ويدفع ضرر الحر والبرد قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر عورتكم عند الصلاة وهذا لانه لا يقدر على اداء الصلاة الا بستر العورة وخلقه لا يحتمل الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضا والاولى كونه من القطن او الكتان بين النفيس والخسيس لئلا يحتقر في الخسيس ولا يأخذه الخيلاء في النفيس وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الشهرتين وهو ما كان في نهاية النفاسة وما كان في نهاية الخساسة وخير الامور اوساطها قال الشبلي البس من الثياب ما لا يزدريك به السفهاء ولا يعيبك الفقهاء ويبغي ان يلبس الغسيل في عامة الاوقات ولا يتكلف الجديد ومستحب وهو الزائد لاخذ الزينة المأمور به بقوله تعالى خذوا زينتكم الاية واظهار نعمة الله تعالى عليه خصوصا اذا كان عالما او مروة اذا البسها من قرى في قوله صلى الله عليه وسلم ان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عبده وقال تعالى واما بنعمة ربك فحدث وقال صلى الله عليه وسلم ان الله جميل يحب الجمال ومباح وهو الثوب الجميل للتزين في الجمع والاعياد ومجامع الناس فقد روي انه صلى الله عليه وسلم كان له جبة عجيبة قيمتها اربعة آلاف درهم يلبسها يوم عيد واهدى اليه قباء مكفوف بالحرير كان يلبسه في الجمع والاعياد ولقاء الوفود وكان للامام رداء قيمته اربعمائة دينار وكان يقول لتلاميذه اذا رجعتم الى بلادكم فعليكم بالثياب الحسنة كذا في البزازية الا ان في ذلك في جميع الاوقات خلقا ومشقة وربما يغيظ المحتاجون فالتحرز عنه اولى ومكروه وهو اللبس للتكبر والخيلاء لقوله صلى الله عليه وسلم للمقداد بن معديكرب كل والبس واشرب من غير مخيلة ويستحب الابيض والاسود لقوله صلى الله عليه وسلم خير ثيابكم البيض وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب الثياب البيض وقد روي انه صلى الله عليه وسلم لبس الجبة السوداء والعمامة السوداء يوم فتح مكة ويكره الاحمر والمعصفر لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الاحمر والمعصفر وروي انه صلى الله عليه وسلم راى على ابن عمر رضي الله عنه ثوبين معصفرين فقال هذا لباس الكفار فقال ابن عمر اغسلهما فقال عليه الصلاة والسلام احرقهما ولا يظاهر بين جبتين او اكثر في الشتاء اذا وقع الاكتفاء بدون ذلك لانه يغيظ المحتاجين وفيه تجبر وكان عمر رضي الله عنه لا يلبس الا الخشن واختيار الخشن اولى في الشتاء لانه ادفع للبرد واللين في الصيف اولى وان لبس اللين في الوقتين لا بأس به قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده والسنة ارخاء طرف العمامة بين كتفيه هكذا فعله صلى الله عليه وسلم وقال ركعتان بعمامة خير من سبعين ركعة بغيرها قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع القعود ونقل عن فتاوى الصوفية ان ارخاءها من العاتق الى اسفل الذقن من الجانب الايسر مندوب ماخوذ في العمل عند سلف المشايخ من كمل اهل الطريقة ولكن عامة الروايات في الاحاديث وكتب الفقه ارخاؤها بين الكتفين فعليكم العمل بالمشروع كذا في حلية المصلي شرح تحفة الملوك للفاضل ابي الليث المحرم الزيلعي واذا اراد تجديد لفها نقضها كما لفها ولا يلقيها على الارض دفعة واحدة هكذا نقل من فعله صلى الله عليه وسلم ويحل للنساء لبس الحرير لا للرجل لما روي عن ابي موسى الاشعري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم احل الذهب والحرير للاناث من امتي وحرم على ذكورها رواه احمد والنسائي والترمذي وصححه وعن عمر رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الاخرة وعن انس رضي الله عنه مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم رواهما البخاري ومسلم واحمد وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم وروي حل لاناثهم

وعن هذا قال الا قدر اصابع مضمومة عرضاً لما روي عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
السبابة والوسطى وضمهما رواه احمد ومسلم والبخاري وفي رواية نهى عن لبس الحرير الا
موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة رواه مسلم واحمد وابو داود وجماعة اخر وعن اسماء
انها اخرجت جبة عليها لبنة شبر من ديباج فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يلبسها عندها عائشة رضي الله عنها فلما قبضت عائشة قبضتها فنحن نغسلها للمريض
فيستشفى بها رواه احمد ومسلم وعن معاوية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير
الا مقطعاً رواه احمد وابو داود والنسائي وكذا الثوب المنسوج بالذهب
لا يكره اذا كان قدر اربع اصابع وان كان اكثر من ذلك يكره وكذا تكة الحرير لا يحل للرجال
لانه استعمال تام كذا في الزيلعي كالعلم بمعنى العلامة وهي ما يضعونه من الحرير في
جيب الاردية واذيالها وطرف كميها ذكر انه صلى الله عليه وسلم لبس صوفاً وعليه
علم حرير والمعنى فيه انه تبع للثوب فلا حكم له قال صاحب تحفة الملوك الا ان القليل
عفو مثل العلم الحرير والمنسوج بالذهب قدر اربعة اصابع مضمومة عرضاً والمشار
وذلك قدر اعلاه ولو زاد على اربعة اصابع لا يحل ولا باس بتوسده اي باتخاذ الحرير
وافتراشه اتخاذه فراشاً عند ابي حنيفة خلافاً لهما لما روي عن حذيفة رضي الله عنه
انه صلى الله عليه وسلم نهانا ان نشرب في آنية الذهب والفضة وان ناكل فيها وعن
لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وقال سعد بن ابي وقاص
لان اتكي على جمر الغضا احب الي من ان اتكي على مرافق الحرير وعن علي رضي الله عنه
انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة ولان التنعم بالتوسد
والافتراش مثل التنعم باللبس وهو من زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه
اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير
وقد كان على بساط ابن عباس مرفقة حرير ولان الحرير لباس اهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير
فوجب جواز القليل منه وهو العلم وجواز القليل من لبسه وهو الافتراش والتوسد
ليكون نموذجاً الى ذلك الكثير الكامل في الآخرة يعني ان المستعمل بهذا المقدار يجد
لذة ما وعد له في الآخرة ليرغب في تحصيل سبب يوصل اليه قال صاحب الهداية وفي
ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف معه وانما ذكر القدوري وغيره من المشايخ
قول ابي يوسف مع محمد انتهى ولا باس بلبس ما سداه ابريسم بفتح السين وضمها الحرير
ولحمته غيره كالقطن والخز لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير
ولان الثوب لا يصير ثوباً الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى او نقول
لا يكون ثوباً الا بهما فيكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هي التي تظهر في النظر
فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى وعكسه اي لحمته حرير وسداه غيره لا يلبس الا في الحرب
لما ذكرنا ان العبرة للحمة فانه في الحرب ضرورة ويكره لبس خالص الحرير فيها اي في الحرب
خلافاً لهما لما روي انه صلى الله عليه وسلم رخص لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة
فان الخالص منه ادفع للسلاح واهيب في عين العدو لبريقه ولابي حنيفة اطلاق النصوص الواردة في
النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي
لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه محاصله انه انواع اما حرير خالص او مخلوط وهو نوعان
اما ان يكون الحرير سداه ولحمته غيره وهذا لا باس به في الحرب وغيره واما ان يكون عكسه هذا يباح في الحرب
والثالث ما يكون حريراً خالصاً وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب اتفاقاً وهل يجوز لبسه في الحرب
فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز كذا ذكره الامام المحبوبي وذكر عن محمد انه راى ابا المليح الرقي
قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته الف درهم وربما قام
الى الصلاة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار
ويقول قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده كذا في الذخيرة

ويروى عن عمر رضي الله عنه انه كان يلبس قميصاً عليه كذا وكذا رقعة قال انما فعل عمر كي لا يتحكم
لبس ثياباً نفيسة واتخذ لنفسه النفيسة الا انه لا طمع فيها له وحشمة يعتمدون به في ذلك
... ون من مسلمين فانا اختار ذلك لهذه المصلحة كذا في النهاية
ومحمد

ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة لا للرجال اما بالذهب فلما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
هذان حرامان على ذكور امتي واما بالفضة فلانها في معنى الذهب في التزيين ووقوع التفاخر بها
فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قوله تعالى
قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه
تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به الا الخاتم والمنطقة بكسر الميم معروف وحلية السيف
من الفضة متعلق بجميعها لان هذه الثلاث من الفضة مستثناة مما لا يحل للرجال الا قليله
واستعمال القليل مباح من الفضة تحقيقاً لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس
وقد ورد آثار في جواز التختم بالفضة وكان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة ونقشه محمد رسول الله
وعن معاذ رضي الله عنه انه كان يتخذ الخاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم
ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم آمن كل شيء من معاذ
ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه وكان في يده عليه السلام الى ان توفي
ثم كان في يد ابي بكر رضي الله عنه الى ان توفي ثم في يد عمر رضي الله عنه الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه
حتى وقع من يده في البئر فانفق مالاً عظيماً في طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم من
ذلك الوقت الى ان استشهد رضي الله عنه والا مسمار الذهب في ثقب الفص لانه تابع كالعلم
فلا يعد لابساً له ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله صلى الله عليه وسلم اتخذه من الورق
ولا تزده على مثقال والا كتابة الثوب بذهب او فضة لما بينا في العلم الحرير انه
تبع للثوب ولا حكم له وفيه خلاف ابي يوسف كما سنذكره ان شاء الله تعالى
والا شد السن بالذهب يعني لو تحرك السن فشده بالفضة يجوز ولا يجوز الشد بالذهب
عند ابي حنيفة خلافاً لهما لان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفاً من الفضة
فانتن فامره النبي صلى الله عليه وسلم بان يتخذ انفاً من الذهب واذا جاز هنا في الانف
ففي شد السن اولى ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة
وهي الادنى فبقي الذهب على الاصل وهو التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع بالفضة
حيث انتن ولا يعاد السن الساقط الى موضعه بل يعوض بسن الشاة زكية قال ابو يوسف
بنجاسته لا بسن غيره لجواز الصلاة بسنه وقال محمد يجوز كلاهما كذا في البزازية ولا يتختم
بحجر ولا صفر ولا حديد وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم با
روي انه راى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما اجد منك ريح الاصنام
وراى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار وعن ابن عمر رضي الله عنهما
ان رجلاً جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فاعرض عنه فقام
وعليه خاتم حديد فقال صلى الله عليه وسلم هذا شر منه هذا حلية اهل النار
وقيل يباح الحجر اليشب وهو بفتح الياء وسكون الشين حجر يميل الى الصفرة يتختم منه
قال صاحب الهداية ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له
ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه قال شمس الائمة السرخسي لا باس بالتختم
كالعقيق فانه صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق فانه لا يصيبكم غم ما دام عليكم
والجواب انه يتخذ منه الاصنام فاشبه بالصفر الذي هو منصوص على حرمته وههنا ابحاث
ان شئت فراجعه والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر
ويجعل الرجال الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان فانه تزيين لهن يتختمن كيف
شئن وينبغي ان يلبس الرجال خاتمه في خنصر اليسرى ولا يلبسه في غيره ولا يلبسه في
وما روي انه صلى الله عليه وسلم قال اجعله في يمينك فمنسوخ وقد صار ذلك من علامة
البغي والفساد كذا في البزازية قال صاحب النهاية وجعله في اليد اليسرى
وقوله صلى الله عليه وسلم اجعله في يمينك كان في الابتداء ثم صار ذلك من علامات
اهل البغي انتهى وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي لعدم الحاجة اليه

معرب يشم
اليمنى كذا في الخانية

ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء
موضع الفضة في الاكل والشرب والجلوس بان لا يكون الفضة في موضع الفم عند الاكل والشرب
وفي موضع الجلوس عنده وهذا عند ابي ح ويكره عند ابي يوسف مطلقا وعن محمد روايتان
في رواية هو كقول الامام وفي رواية كقول ابي يوسف وهذا الاختلاف فيما تخلص واما المموه
فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقاء لونه لابي يوسف ما روي عن ام سلمة رض
انه صلى الله عليه وسلم قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك
فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني ولان من استعمل الاناء كان مستعملا
لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي ح ما روي عن انس رض
ان قدح النبي صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري ولان
الاستعمال قصد للجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره كالجبة
المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب والفضة في فص الخاتم والعمامة المعلمة بالذهب
روي انه سئل وقت في مجلس جعفر الدانقي وابو ح وائمة عصره حاضرون
فقالت الائمة يكره وابو ح ساكت فقيل له ما تقول فقال ان وضع فاه في موضع الفضة يكره
فقيل له من اين لك هذا فقال ارأيت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب بكفه أيكره ذلك
فسكت الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه وعلى هذا الاختلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة
المبيض بهما وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف او السكين او في قبضتها ولم يضع يده في موضع
الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المسجد او حلقة المراة او جعل المصحف مذهبا
او مفضضا وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة من ذهب او فضة على ما مر ذكره فيما
وكذا المفضض من اللجام والثفر يتقي اذا كان في هذه الاشياء مفضضة يتقي موضع الفضة
عند الامساك وموضع الرجل عند ابي ح ويكره مطلقا عند ابي يوسف
ويكره الباس الصبي ذهبا او حريرا لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم
الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا الميتة والدم ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط
او الماء الوضوء ان كان للتكبر وان كان لحاجة لا يكره كالتربع والاتكاء لا يكرهان لحاجة ويكرهان تكبرا
قال الفاضل الزيلعي يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق والمخاط لانها بدعة محدثة مشبهة بزي الاعاجم
ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا احد من الصحابة ولا التابعين وانما كانوا يمسحونه
باطراف ارديتهم فمنعه نوع تجبر فيكره والصحيح انه لا يكره اذا كان لحاجة لان المسلمين قد استعملوا
في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح العرق والمخاط وكل شيء يحتاج اليه وما راه
المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حمل من غير حاجة يكره انتهى
والحاصل ان كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه وما فعل لحاجة او ضرورة لا يكره
والرتم وهو بالتاء المثناة الفوقانية خيط التذكر يعقد في الاصبع وكذا الرتيمة لا بأس به
قال الشاعر اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنكم عقد الرتائم قال صاحب المغرب الرتيمة
خيط التذكر يعقد بالاصبع وكذا الرتمة والرتم ضرب من الشجر وانشد ابن السكيت هل ينفعنك
اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم قال معناه ان الرجل كان اذا خرج الى سفر
عمد الى هذه الشجرة وشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع من السفر واصابه على تلك الحالة قال
وان اصابه وقد انحل قال خانتني هكذا قرأته على الدبري وهو السهو والذي عن الثعالبي ان
ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وابو زيد ذكر الرتم في معناه وانشد البيت الاول استشهادا به
يقول الفقير ومراد الفقهاء بالرتم هنا المعنى الاول لا الثاني لانه فعل الجاهلية قال الفاضل الزيلعي ثم
الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق او في اليد في الجاهلية لدفع المضرة
عن انفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في حدود الايمان انه كفر والرتيمة مباح لانها تربط للتذكر عند النسيان
وليست كالتميمة وقد روي انه صلى الله عليه وسلم امر بعض اصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا تكره
بخلاف التميمة فانه صلى الله عليه وسلم قال فيها ان الرقى والتمائم والتولة شرك انتهى

فصل في النظر ونحوه

فصل في النظر ونحوه

مسائل النظر اربع نظر الرجل الى المراة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة
والاول على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة
ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير ويحرم النظر الى العورة الا عند الضرورة
كالطبيب والختان والخافضة بالخاء والضاد المعجمة هي التي تختن النساء
والقابلة والحاقن اي الذي عمل الحقنة ولا يتجاوز كل واحد منهم قدر الضرورة
فانه يلزم ان يغضوا ابصارهم من غير موضع المرض والختان والحقنة وينظر الرجل
من الرجل الى ما سوى العورة وقد بينت العورة في الصلاة وهي ما بين السرة
والركبة عورة لا السرة لقوله صلى الله عليه وسلم عورة الرجل ما بين سرته حتى تجاوز
ركبته ويروى الى ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما
يقوله ابو عصمة لانها محل الاشتهاء ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا اتزر
ابدى عن سرته والتعامل الظاهر فيما بين الناس بانهم اذا اتزروا في الحمامات ابدوا عن السرة
بلا نكير منكر دليل على انها ليست بعورة وقال الشافعي الركبة ليست بعورة لانها حد العورة
فلا تكون من العورة لان الحد لا يدخل في المحدود واما الفخذ فهو عورة عندنا وعند اصحاب
الظواهر يقولون العورة من الرجل موضع السوءة واما الفخذ فليس بعورة لقوله تعالى
بدت لهما سوآتهما والمراد منها العورة ولنا حديث جرهد رضي الله عنه وهو كان
يصلي مكشوف الفخذ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم وار فخذك اما علمت ان الفخذ
عورة واما الآية فالمراد بالسوءة العورة الغليظة وبه نقول ان العورة الغليظة هي
ولكن حكم العورة يثبت فيما حول العورتين باعتبار القرب فيكون حكم العورة
فيه اخف كذا في النهاية يقول الفقير فعلى هذا يلزم ان يكون السرة من العورة كالركبة
باعتبار انها اقرب الى السوءة من الركبة وقد كان يختلج في خلدي انها السر في كون
عورة والسرة ليست بعورة عندنا مع ان السرة قريبة الى السوءة من الركبة ومع انها
محل مشتهى والركبة ليست بهذه المثابة فرحم الله من بين سر هذه المسألة
لكن صاحب الهداية قال اخرا في تعليل كون الركبة عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ
والساق فاجتمع فيها المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم فهذا يصلح سرا لها لكنه بعد محل
تأمل وتنظر المراة الى المراة والى الرجل الى ما ينظر الرجل من الرجل ان امنت الشهوة
لانه ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ما ليس بعورة
ان امنت الشهوة وان كان في قلبها شهوة او في اكثر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك
يستحب لها ان تغض بصرها وفي كتاب الخنثى من الاصل ان المراة لا تنظر من الرجل الاجنبي
الا الى ما ينظر الرجل اليه من محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فلا يباح ان تنظر المراة
الى ظهر الرجل الاجنبي وبطنه كما لا يباح للرجل ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها وعن ابي ح ان نظر
المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه ايضا حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها
بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال
والاول اصح كذا في الهداية وينظر الرجل الى جميع بدن زوجته وامته التي يحل وطؤها
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم غض بصرك الا عن امتك وامرأتك وقالت عائشة
رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد ولو لم يكن
مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والقبلة مباح
فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا اتى احدكم الى اهله فليستتر ما استطاع ولان النظر الى العورة يورث النسيان قال
علي كرم الله وجهه من اكثر النظر الى سوءته عوقب بالنسيان وقالت عائشة رضي الله عنها
ما رأى مني وما رأيت منه اي العورة يحمل على المفعول لا استجلاب القبح

ولكن كان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون ابلغ في
تحصيل اللذة وعن ابي يوسف في الامالي قال سألت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته
وتمس هي فرجه هل ترى بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر وانما قيد الامة بالتي
يحل وطئها لانها اذا كانت لا تحل له كامة المجوسية او المشركة او كانت امه او
اخته من الرضاع او ام امرأته او بنتها لا يحل له النظر الى جميع بدنها بل هي كسائر الاجـ[...]
وينظر الرجل من محارمه وامة غيره الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضد
اما المحارم فالاصل فيها قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن الاية
ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد به موضع الزينة
فالرأس موضع التاج والشعر موضع العقاص والعين موضع الكحل وهي في الوجه والعنق
والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والساعد موضع السوار والكف موضع
الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن
والفخذ لانها ليست بموضع الزينة فان قلت لما كان الرجل ينظر من ذوات محارمه الى مواضع
الزينة كلها كان ينبغي ان ينظر الى ظهرها ايضا لان ظهرها موضع القراميل قلت
ينظر الى القراميل ولكن لا ينظر الى ظهرها بدون حائل بخلاف سائر مواضع الزينة
لان امر القراميل على خلاف سائر الحلي لان القراميل لا تقع الا فوق اللباس
ويجوز النظر الى الثوب الواقع على الظهر والبطن للاجانب فضلا عن هؤلاء كذا
فاذا تحقق معنى الاية والمراد بالزينة فاعلم انها دلت على ان نظر الرجل من محارمه الى مواضع
الزينة يجوز ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ولا احتشام
والمرأة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو امرت بالتستر عن محارمها
تحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيها بل تعدمها على ما هو
مقتضى الطبع السليم والشرع المستقيم بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها
على التأبيد بنسب او سبب كالرضاع والمصاهرة وان كانت بزنا وقيل ان كانت الحرمة
المصاهرة بالزنا لا يجوز له ان ينظر الا الى وجهها وكفيها كالاجنبية لان ثبوت الحرمة
فيه بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة فلا تظهر في حق سقوط حرمة النظر
ولان جنايته قد ظهرت مرة فلا يؤمن ولان فيه اظهار الفاحشة بان يقال هي بنت من زنا بها
والستر واجب وهو بالحرمة والحرج ايضا منتف لعدم المخالطة على سبيل الحرج والاول اصح اعتبارا للحقيقة
لانها محرمة عليه على التأبيد ولا نسلم ان الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط في باب الحرمات
وقال الشافعي يجوز للرجل ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها فجعل حالها كحال الجنس في النظر
قلنا لو كان الامر كما زعم لما ثبت حكم الظهار اصلا لان صورة الظهار ان يقول لامرأته انت علي
كظهر امي فلو لم يكن ظهرها محرما عليه لما وقع تشبيهها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا
فلم يثبت به حكم الظهار واما امة غيره فلانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها
وحالها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى امة متقنعة
علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يجوز للرجل ان ينظر الى
ظهرها وبطنها كالمحارم خلافا لمحمد بن مقاتل فانه يستدل بقول ابن عباس رضي الله عنهما
من اراد ان يشتري جارية فلينظر اليها الا موضع المئزر قلنا لا ضرورة الى البطن والظهر كما
في المحارم بل اولى لكمال الشهوة فيها وقلتها في المحارم ولفظ الامة تنتظم المدبرة والمكاتبة
وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة
فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة والاصح انه لا باس به اذا امن
الشهوة على نفسه وعليها لان المولى يبعثها في حاجته من بلدة الى بلدة ولا يجد محرما يسافر
معها وتحتاج الى من يركبها وينزلها فعلى الاركاب والانزال اعتبر محمد الاصل الضرورة فيه
وفي غير المحارم بحكم الحاجة لا الضرورة اكثر ذلك من الزيلعي وبعضه من الهداية والكافي

ولا بأس

ولا باس بمسه اي بمس الرجل المواضع التي يحل النظر اليها من محارمه وامة غيره بشرط
امن الشهوة في النظر والمس لما روي انه صلى الله عليه وسلم اذا قدم من مغازيه يقبل راس
وقال اجد منها ريح الجنة وكذا ابو بكر رضي الله عنه يقبل راس عائشة رضي الله عنها
وقال صلى الله عليه وسلم من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة وامة الغير في حكمها
وان خاف على نفسه او عليهما ان يشتهي بالنظر والمس لا ينظر ولا يمس وتبعا ايضا عن ذلك
بل يجتنبها في الركوب بنفسهما وان لم يمكن تتكلفان بالثياب كيلا يصيب حرارة العضو
قال النبي صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان
وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه
فكان كل واحد منهما نوع زنا والزنا بجميع انواعه حرام خصوصا الزنا بالمحارم اشد واغلظ
ولا ينظر الرجل الى البطن والظهر والفخذ من محارمه وامة الغير وكذا مع الشهوة وقد بينا
وجهه والخلاف فيه انفا فلا نعيده ولا ينظر الرجل الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه
لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها
الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها
ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء
وغير ذلك وهو قطعي مستثناة من قواعد الشرع والاصل ان لا يجوز النظر الى الاجنبية
لما فيه من خوف الفتنة ولهذا قال صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة الا ما استثناه
الشرع وهما العضوان المذكوران وهذا يفيد ان القدم لا يجوز له النظر اليه وعن
[...] انه يجوز لان في تغطيته بعض الحرج وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى
لانها قد تبدو منها عادة ماعدا ما استثني من الاعضاء لا يجوز له ان ينظر اليه
واما ما استثني فيجوز ان ينظر اليه ان امن الشهوة والا اي وان لم يأمن الشهوة
فلا يجوز النظر الى الوجه والكف ايضا لقوله صلى الله عليه وسلم من نظر الى محاسن
امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة قالوا ولا باس بالتأمل
في جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوبا يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ لقوله
صلى الله عليه وسلم من تأمل خلف امرأة ورأى ثيابها حتى يتبين له حجم عظامها
لم يرح رائحة الجنة وهذا لانه متى لم يصف ثيابها ما تحتها من جسدها يكون ناظرا الى
ثيابها فصار كما اذا نظر الى خيمة فيها امرأة ومتى كانت تصف ما تحتها يكون ناظرا
الا الشاهد عند الاداء والحاكم عند الحكم والاصل فيه انه لا يجوز
ان ينظر الى وجه امرأة اجنبية مع الشهوة لما روينا الا للضرورة اذا تيقن بالشهوة او
وفي نظر الشاهد اذا اراد الشهادة والقاضي اذا اراد ان يحكم عليها ضرورة فرخص لهما
وان لم يأمنا الشهوة احياء لحقوق الناس ودفعا للحاجة لكن يجب على الشاهد والقاضي
ان يقصدا اداء الشهادة والحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان
قالوا هذا في وقت الاداء واما في وقت التحمل فلا يجوز ان ينظر اليها مع علمه انه يشتهي
لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة اليه وينبغي للطبيب ان يعلم الطب امرأة ان امكن لان
نظر الجنس اخف وان لم يمكن ستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير
ذلك الموضع ما استطاع لان ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها ولا يجوز مس ذلك
الوجه والكف وان امن الشهوة ان كانت المرأة شابة لوجود المحرم وانعدام الضرورة
والبلوى قال صلى الله عليه وسلم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه
جمرة يوم القيامة ولان حكم المس اغلظ حتى يفسد الصوم بالمس عن شهوة اذا اتصل به الانزال
ولا يفسد بالنظر فالرخصة في النظر لا يكون دليل الرخصة في المس مع ان البلوى في المس اقل
ويجوز مسه ان كانت عجوزا لا تشتهى لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه
كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير

او هو شيخ يقول الفقير هكذا في النسخ التي رأيناها ولعله او هو شيخ لا تتبه يامن على نفسه
وعليها وان كان لا يامن على نفسه او عليها لا يحل له مسها فحينئذ لما فيه من التعريض للفتنة
قال الفاضل الزيلعي فحاصله انه يشترط لجواز المس ان يكونا كبيرين مأمونين في رواية
وفي رواية يكتفى بان يكون احدهما كبيرا مأمونا لان احدهما اذا كان لا يشتهي لا يكون المس
سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجه الرواية الاولى ان الشاب اذا كان لا يشتهي
بمس العجوز فالعجوز تشتهي بمس الشاب لانها علمت بلذة الجماع فيؤدي الى الاشتهاء
من احد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان احدهما صغيرا لانها لا يؤدي الى الاشتهاء
من الجانبين لان الكبير لا يشتهي بمس الصبي لا يشتهي الصغير بصغره لعدم العلم
ولهذا اذا مات صغيرا وصغيرة يغسله الرجل والمرأة ما لم يبلغ حد الشهوة هـ
ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء او النكاح لقوله
صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين خطب امرأة ابصرها فانه احرى ان يؤدم
بينكما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما قال صاحب النهاية هكذا رواية المبسوط
واما رواية الفائق فانه صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة لو نظرت اليها فانه
احرى ان يؤدم بينكما الادم والايدام الاصلاح والتوفيق من ادم الطعام وهو
اصلاحه وجعله موافقا للطاعم ولو معنى يعني ليت ومن ثمة اجيب بالفاء كانه قيل ليتك
نظرت اليها والغرض الحث والتحريض على النظر انتهى ولان المقصود اقامة السنة لا قضاء الشهوة
قال صاحب الهداية ولا بأس بان يتفقده اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي
كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل بين تحقق
الشهوة وعدمها وكذا في النظر وفي اللمس حيث قال الرجل اذا اراد ان يشتري جارية
لا بأس بان يمس ساقها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقيها مكشوفين
قال مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس
اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر
والمس بشرط عدم الشهوة انتهى ما في الهداية يقول الفقير فعلى ما ذكره صاحب الهداية
يكون في تقرير المصنف المسئلة ركاكة ومخالفة فتدبر كل التدبر حتى يظهر ما فيه
والعبد في سيدته كالاجنبي يعني لا يجوز للعبد ان ينظر من سيدته الا
ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو محرم وهو قول الشافعي كالمحرم لسيدته
لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولا يجوز ان يحمل على الاماء لانهن دخلن في قوله تعالى
او نسائهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل
وليس بزوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج
البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا يغرنكم سورة النور
فانها في الاناث دون الذكور قال صاحب النهاية فان قلت لا يصح حمل قوله تعالى
او ما ملكت ايمانهن على الاماء لوجهين احدهما ان اباحة نظر الاماء الى سيدتهن استفيد
من قوله تعالى في تلك الآية او نسائهن ثم لو حملت هذه الآية على الاماء يلزم التكرار محضا والثاني
ان الاماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى او نسائهن وجب ان لا تكون مرادة من قوله او ما
ملكت ايمانهن ايضا وذلك لان البيان بالحكم انما يكون في موضع الاشكال ولا اشكال
ان للامة ان تنظر الى مولاتها كما للاجنبية والله اعلم تزد توسعة ينبغي ان لا يزيد
والمروي عن ام سلمة موافق لما ذكرت فانه روي عن ام سلمة رضي الله عنها انه كان لها
مكاتب فلما انتهى الى آخر النجوم قالت له انفقه على الاداء فقال نعم فاحتجبت
منه وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا كان لاحداكن مكاتب
فادى آخر النجوم فلتحتجب عنه والمعنى … بينهما سببا محرما
للنكاح ابتداء وبقاء فكان كالمحرمية قلت … الاول … دعوى التكرار اذ دلنا

فان المراد

فان المراد من قوله تعالى او نسائهن الحرائر المسلمات لانه ليس للمؤمنة ان تتجرد بين يدي
كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر انه عني بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر
والاماء كلهن سواء في حل نظر بعضهن الى بعض والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء
كما قاله سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنهما والموضع موضع اشكال لان حال
تغريهن حال الرجال حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل انه هل يباح لها التكشف
بين يدي امائها ولم يزل هذا الاشكال بقوله تعالى او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ
يتناول الحرائر دون الاماء وحديث ام سلمة رض محمول على الاحتجاب بمعنى زوال الحاجة
فانها قبل ذلك تحتاج الى المعاملة معه بالاخذ والاعطاء فيبدي وجهها وكفيها
وبعد ذلك بالاداء فاحتجبت منه واما حرمة المناكحة التي بينهما على عرضية الزوال
فكانت في حقه بمنزلة منكوحة الغير او معتدة ولان وجوب الستر عليها لمعنى خوف
الفتنة وذلك موجود هنا وانما ينعدم ذلك بالمحرمية لان الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة
بل تعدمها واما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على دفع الحشمة فكان ادعى
الى خوف الفتنة ووجوب الستر هنا كذا مما اشار اليه في المبسوط انتهى ما ذكره صاحب النهاية
والمجبوب والخصي كالفحل لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وهم
ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة ولقول عائشة
الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله وهذا لان الخصي ذكر يشتهي وقيل هو اشد
جماعا لان آلته لا تفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهي ويسحق وينزل فحكمه
كاحكام الرجال في كل شيء وقطع تلك الآلة كقطع عضو آخر منه فلا يبيح شيئا كان حراما
وان كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض المشايخ الاختلاط بالنساء
لوقوع الامن من الفتنة قال الله تعالى والتابعين غير اولي الاربة من الرجال قيل هو
المجبوب الذي جف ماؤه والاصح انه لا يحل له لعموم النصوص وكذا المخنث في
الردي من الافعال لا يحل له الاختلاط بالنساء بالاتفاق لانه كغيره من الرجال
بل هو من الفساق فيبعد عن النساء وان كان مخنثا لتكسر ولين في اعضائه و
باصل الخلقة ولا يشتهي النساء فقد رخص بعض مشايخنا في اختلاطه بالنساء
وهو احد تاويل قوله تعالى والتابعين غير اولي الاربة وقيل الابله الذي لا يدري
ما يصنع بالنساء وانما همته بطنه وفي هذا كلام ايضا فانه اذا كان شابا ينحى عن النساء
وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا قد ماتت شهوته فيرخص في ذلك والاصح ان يقال قوله تعالى
او التابعين غير اولي الاربة من المتشابه وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم محكم
فناخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال لا يحل لها ان تبدي مواضع الزينة الباطنة
ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى او الطفل الذين
لم يظهروا على عورات النساء كذا في النهاية والزيلعي ويكره للرجل ان يقبل الرجل
سواء كان فمه او يده او شيئا منه على الاطلاق او يعانقه في ازار واحد بلا قميص
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف لا يكره تقبيل الرجل ومعانقته في ازار
لما روي انه صلى الله عليه وسلم عانق جعفر عند قدومه من الحبشة وقبل بين عينيه يوم
فتح خيبر فقال جعفر رضي الله عنه لا ادري باي الامرين اسر بفتح خيبر ام بقدومي
وايضا عانق زيد بن حارثة وكان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك
ولقوله صلى الله عليه وسلم من عانق حاجا او غازيا فقد عانق الف نبي
وعن عطاء رحمه الله سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة فقال اول من عانق ابراهيم
خليل الرحمن عليه الصلاة والسلام كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين الاكبر
فلما وصل بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي
ان اركب في بلدة فيها خليل الرحمن فنزل ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه واعتنقه

وقد ورد احاديث كثيرة في النهي عن المعانقة وبتجويزها والشيخ ابو منصور الماتريدي
وفق بينهما فقال المكروه ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجائزة
وقال بعضهم الكراهة فيما عانقه عاريا بين لو مثانة وليه واما اذا عانقه متقمصا
فلا كراهة ما فعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فمكروه لا رخصة فيه وما يفعلون
من تقبيل الارض بين يدي العالم فحرام قال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى
على وجه التعظيم كفر وذكر صدر الشهيد لو فعل ذلك لا يكفر لانه يريد به التحية
وذكر ابو الليث ان التقبيل على خمسة اوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد ولده ومنها
قبلة النبي صلى الله عليه وسلم الحسين بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة المؤمنين
بعضهم بعضا وقبلة التعظيم كقبلة الولد لوالديه وقبلة المودة كقبلة الرجل امرأته
وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود واما القيام للغير فمنهي في الحديث
انه صلى الله عليه وسلم خرج فتمثلوا له فقال لا تقوموا كما تقوم الاعاجم بعضهم بعضا
وعن انس رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام له
يقول الفقير روى بعضهم انه به حديثا وهو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من احب ان يقام له
فليتبوأ مقعده من النار والعهدة على ذلك البعض لكن وجدت في الجامع الصغير للامام
السيوطي ما يقربه وهو انه روت عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال
من احب ان يتمثل له الرجال قياما فليتبوأ مقعده من النار انتهى
وكان الشيخ ابو القاسم يقوم للاغنياء دون العلماء والفقراء فسئل عن ذلك فقال
الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركته يبغضونني ويضرهم
ولا باس بالمصافحة لقوله صلى الله عليه وسلم اذا التقى المؤمنان فتصافحا تناثرت
ذنوبهما كتناثر الورق اليابس من الشجر ولقوله عليه السلام ما من مسلمين يلتقيان
فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يتفرقا قال النووي في شرح صحيح مسلم مصافحة
الناس بعد الفجر والعصر ليس بشيء لانه لا اصل له قال الكردري في الفتاوى البزازية
ولا باس بالمصافحة ان كانت بالمحبة واما اذا كانت بالشهوة فلا شك في حرمتها
والمصافحة الاختيار ولا باس بالمصافحة لانها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين
من لدن الصدر الاول الى يومنا هذا وروى انس رضي الله عنه انه قال قلنا يا رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايصافح بعضنا بعضا قال نعم قلنا اينحني بعضنا لبعض قال لا
قال ايعانق بعضنا بعضا قال لا وتقبيل يد العالم والسلطان العادل
يعني لا باس بتقبيل يدهما على سبيل التبرك لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا
يقبلون اطراف رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر رضي الله عنه
قبل بين عينيه بعدما قبض وكذا تقبيل يد الابوين والرجل الصالح
وعن سفيان بن عيينة انه قال تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة فقام عبد الله
وقبل رأسه ويعزل المولى ماءه عن امته بلا اذنها لا يعزل الزوج عن زوجته
الا باذنها لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال
لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الحرة لها حق في الوطء حتى كان لها
قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق
للامة في الوطء فلا يملك تنقيص حق الحرة بغير اذنها وينفرد به في حق الامة
ولو كانت تحته امة غيره فكذلك عند حاجة لا يكون له العزل الا باذنها لانه
تكميل الحق في الوطء حق الزوجة لهذا كان لها المطالبة عند ابي حنيفة الاذن الى
وقد ذكرناه في النكاح ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد والمراد بالازار
ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفها والتي بلغت
حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض على البيع في ازار واحد ذكر ذلك عن محمد لوجود الاشتهاء

فصل في الاستبراء

اخر الاستبراء عن مطلق البيع والوطء لان الاستبراء احتراز عن وطء معيب والعيب بمنزلة
المركب والمطلق بمنزلة المفرد والمركب مؤخر عن المفرد والاستبراء طلب براءة رحمها من الحمل
يقال استبرأ الجارية اي طلب براءة رحمها من الحمل من ملك امة بشراء او غيره كالهبة والارث
يحرم عليه وطؤها ودواعيه كالمس والتقبيل والنظر الى فرجها بشهوة
حتى يستبرئها والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ
الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وجه الاستدلال
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع بابلغ نهي مع وجود الملك له واليد الممكنة منه
وذلك لا يكون الا للوجوب وسببه استحداث الملك واليد وفي ذلك لان الحكمة فيه
التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه
والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل وتوهمه بماء محترم لانه عند الاشتباه
لا يثبت نسب الولد فيهلك معنى اذ من لا نسب له هالك حكما لعدم من يربيه وينفقه
وفي فتاوى قاضيخان رجل انكر وجوب الاستبراء اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم
يكفر لانه انكر ما فيه اجماع المسلمين وقال عامة المشايخ لا يكفر لان ظاهر قوله
او ما ملكت ايمانكم يقتضي اباحة الوطء مطلقا وانما عرف وجوب الاستبراء بالخبر
فلا يكفر جاحده وقال بعضهم لا يحرم الدواعي لان الوطء انما حرم لئلا يختلط الماء
ويشتبه النسب وهذا معدوم في الدواعي ورد بان الوطء حرام لاحتمال وقوعه في ملك
الغير وهذا ايضا بان كانت حاملا عند البيع وبعد البائع الولد فيتبين انه وطئها
وهذا المعنى موجود في الدواعي فحرم كالوطء بحيضة فيمن تحيض كالمرأة وبشهر في غيرها
اي في من لا تحيض كالصغيرة والآيسة لان الشهر قائم مقام الحيض في العدة
فكذا في الاستبراء وان حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لان القدرة على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كما في العدة بالاشهر اذا حاضت في اثنائها
وان ارتفع حيضها لا باس بان امتد طهرها فان الحيض يجب على المشتري
ان يتركها ولا يطأها الى ان يتبين انها ليست بحامل فاذا تبين وقع عليها
لان المقصود تبين فراغ رحمها من ماء البائع وقد حصل ذلك اذا مضى من المدة ما
لو كانت حبلى ظهر الحبل بها وليس فيها تقدير شيء فيما يروى عن ابي حنيفة وابي يوسف
الا ان مشايخنا قالوا يتبين في شهرين او ثلاثة اشهر وعن محمد قال
وفي مرتفعة الحيض لا باس بثلاثة اشهر وعند محمد باربعة اشهر وعشر
اي عشرة ايام وفي رواية بنصفها وهو شهران وخمسة ايام وكان يقول اولا
اربعة اشهر وعشرة ايام اعتبارا بعدة الوفاة في الحرة ثم رجع وقال شهران
وخمسة ايام اعتبارا بعدة وفاة الامة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة
لان السنتين اكثر مدة يبقى الولد في البطن وكان ابو مطيع البلخي يقول
يستبرئها بتسعة اشهر هي مدة الحبل في النساء عادة والاول اصح
وهو ان يتركها مدة لو كان حبل لظهر ذلك كما في شهرين او ثلاثة اشهر لان نصب
المقادير بالرأي لا يكون ولم ينقل ذلك كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وفي الحامل
يستبرئها بوضعها اي بوضع الحمل ثابت النسب ولو كانت بكرا فلم يتصل بقوله
يحرم عليه وطؤها ودواعيه حتى يستبرئها او كانت مشتراة من امرأة او من
مال الطفل بان باعها ابوه او وصيه وكذا الحكم اذا اشتراها من مال ولده الصغير
ذكره في غاية البيان او كانت مشتراة ممن يحرم عليه وطؤها كمحرمها
لما ذكرنا ان سبب الاستبراء حدوث الملك واليد لان المرجع في المنصوص عليه

فان السبايا لا تخلو من ان يكون فيها بكر او غيرها والاستبراء لتعرف براءة الرحم لئلا يختلط
ماؤه بماء الغير اذ لو وطئها قبل ان يتعرف براءة رحمها وجاءت بولد لا يدرى انه منه
او من غيره فوجب التعرف صيانة للمياه عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه
وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه لكنه امر خفي فادير الحكم على امر ظاهر وهو تجدد الملك
وان كانت عدم وطي المولى معلوما فان حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد فرد
فان قيل اذا علم عدم وطي المولى كيف يتوهم شغل الرحم حتى يلزم اختلاط الماء واشتباه
النسب قلنا الشغل لا يلزم ان يكون من المولى لجواز ان يكون من غيره وكذا التوهم في البكر
لان الشغل يتصور بدون زوال العذرة كذا في الكافي قال صاحب الدرر اقول يرد عليه
ان الشغل اذا كان من غير المولى كان من الزنا وقد تقرر ان النكاح المزني بها ووطئها جائز
بلا استبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف فكيف يوجب توهم الشغل من الزنا الاستبراء ويمكن
دفعه بان الشغل اذا كان من غير المولى لا يجب كونه من الزنا لجواز ان يكون المولى زوجها
واعترض على قولهم حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد فرد بان الحكمة لا تراعى في كل فرد
لكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا او مشتراة ممن لا يثبت نسب
ولدها منه بان يكون الولد ثابت النسب من غيره بان زوج المولى امته من رجل فحبلت منه
ثم طلقها وبعد انقضاء عدتها باعها من رجل فكان ينبغي ان لا يجب الاستبراء على المشتري
لان الحمل ثابت النسب فلا يلزم اختلاط المياه واشتباه الانساب
واجيب بانه انما ثبت بالحديث في سبايا اوطاس كما مر ونحوه لا يخفى ان الحال
من ان يكون فيها بكر او صبية او امراة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم
حكما عاما فلا يختص الحكم كما انه تعالى بين الحكمة في حرمة الخمر بقوله تعالى انما يريد الشيطان
ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء الاية فلا يمكن ان يقول انا اشربها بحيث لا تقع
العداوة ولا يصدني عن الصلاة فاذا كانت المصلحة غالبة في تحريمها فالشرع
حرمها على العموم لان في التخصيص ما لا يخفى من الخبط وتجاسر الناس بحيث
يرتفع الحكم فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك
قياسا عليه انتهى ما في الدرر مقول الفقير وفي قوله بان يكون الولد ثابت النسب
من غيره بان زوج المولى امته من رجل فحبلت منه ثم طلقها وبعد انقضاء عدتها باعها من رجل
فكان ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان الحمل ثابت النسب فلا يلزم اختلاط المياه
واشتباه الانساب تخليط بين بحيث لا يقبل الاصلاح اصلا لانه لا معنى لقوله
وبعد انقضاء عدتها باعها من رجل فكان ينبغي ان لا يجب الاستبراء مع ان اولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن ان قيل مراده من انقضاء العدة وضع حملها وحاصله وبعد وضع حملها
باعها من رجل قلنا فعلى هذا لا يكون لقوله لان الحمل ثابت النسب معنى مع ان فرض
المسئلة من هنا تتبين او الحاجة تنقطع بما قلنا قال صاحب النهاية وعن ابي يوسف
انه قال اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبراء واجب
ويستحب الاستبراء للبائع يعني يستحب لمن يريد بيع امته الموطوءة ان يستبرئها
اي يطلب براءة الرحم بترك الوطء ثم يبيعها ولا يجب عليه وقال مالك يجب لاحتمال ان يكون
حاملا منه لنا ان ملك البائع قائم وهو يقتضي جواز وطئها واما المشتري فانما لزمه
الاستبراء لان ملكه حادث والشرع لم يجوز فيه الوطء الا بعد فراغ رحمها وما ذكر
من الصيانة يحصل باستبراء المشتري واذا باع جارية بيعا باتا ثم تقايلا قبل
القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكذا ان ابيح بيع او لا يستحب
على البائع الاستبراء لانها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع وقال
لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كان لم يكن

ولا يكفي

ولا يكفي الاستبراء بحيضة ملكها المشتري فيها لان الواجب الحيضة وهي اسم
للكاملة ولا التي هي تكون الحيضة التي بعد الملك قبل القبض لانها وجدت قبل علته
وهي الملك واليد جميعا فلا يعتبر احدهما او الحيضة التي بعد البيع قبل الاجازة في
بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري لان الملك موقوف على الاجازة فتكون
الحيضة التي قبل الاجازة قبل الملك فلا يعتد بها وكذا الولادة يعني لا يكفي
في استبراء الامة الحامل ولادتها بعد وجود سبب الملك قبل القبض لما مر ان السبب
استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض ولا اعتبار بالحكم قبل السبب
وتكفي حيضة اذا وجدت تلك الحيضة بعد القبض وهي اي الامة مجوسية فاسلمت
يعني اشترى امة مجوسية فحاضت بعد القبض حال مجوسيتها ثم اسلمت اجزأت تلك الحيضة
من الاستبراء لانها وجدت بعد سببه وهو استحداث الملك واليد وهو مقتضى للحل
وحرمة الوطء لمانع كما في حالة الحيض ويجب الاستبراء عند تملك نصيب شريكه
من الجارية المشتركة لان الملك قد تم له الآن والحكم يضاف الى العلة القريبة لا يجب
الاستبراء عند عود الجارية الآبقة ورد المغصوبة والمستاجرة على صيغة اسم المفعول
وفك المرهونة اي تخليصها عن الرهن لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد
اذ هو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما قال صاحب العناية ولا يجب الاستبراء
في الآبقة التي ابقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها وان ابقت الى دار الحرب
ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند ابي حنيفة لانهم لا يملكونها فلم يحدث
الملك للمولى برجوعها اليه وعندهما يجب الاستبراء لانهم يملكونها
ولا تكره الحيلة لاسقاطه اي لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف
لانه يمتنع من التزام حكم مخافة ان لا يتمكن من الوفاء خلافا لمحمد لان الفرار
من الاحكام الشرعية ليس من اخلاق المؤمنين واخذ ما ضمن المشايخ بالاول
اي بعدم كراهة الحيلة ان علم ماض ايضا عدم الوطء من المالك الاول واخذ
بالثاني ان يكره الحيلة ان احتمل الوطء منه والحيلة في اسقاطه
ان لم يكن تحته حرة ان يتزوجها اي الامة التي يريد شراءها ثم يشتريها اذ بالنكاح
لا يجب الاستبراء ثم اذا اشترى زوجته يبطل النكاح ويحل الوطء ويسقط الاستبراء
قال ظهير الدين المرغيناني رايت في كتاب الاستبراء لبعض المشايخ انه
انما يحل للمشتري وطؤها في هذه الصورة لو تزوجها ووطئها ثم اشتراها لانه ح ملكها
وهي في عدته واما اذا اشتراها قبل ان يطأها فكما اشتراها بطل النكاح
ولا نكاح حال ثبوت الملك فيجب الاستبراء لتحقق سببه وهو استحداث
حل الوطء بملك اليمين كذا في الزيلعي قال صاحب العمادية نقلا عن الفتاوى
الصغرى ان ظهير الدين المرغيناني نقل من كتاب الاستبراء لبعض المشايخ
ثم قال هنا لم يذكر في الكتاب وهذا دقيق حسن جدا الى هنا
لفظ الفتاوى الصغرى انتهى وانما قيد بقوله ان لم يكن تحته حرة لانه
اذا كان تحته حرة لا يتمكن من هذه الحيلة لان تزوج الامة على الحرة غير صحيح وعن هذا قال
وان كانت تحته حرة فان يزوجها اي الامة يعني فالحيلة في اسقاط الاستبراء
ان يزوجها البائع قبل البيع من رجل آخر ممن يثق به او يزوجها المشتري
من رجل آخر يعني بعد البيع اي بعد بيع البائع منه قبل القبض ثم يطلق
الزوج قبل الدخول بعد الشراء والقبض ان كان التزويج من البائع
قبل البيع او بعد القبض ان كان التزويج من المشتري بعد البيع قبل القبض
لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب
الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير

يعني لو اشترى امة معتدة وقبضها وانقضت عدتها لا يجب الاستبراء كذا هنا
واسنا قيدنا بقوله ممن يثق به لانه اذا لم يكن موثوقا به ربما لا يطلقها فلا يحصل المقصود
وفي فتاوى قاضيخان اذا اشترى جارية واراد ان يزوجها قبل القبض من رجل
آخر لا يسقط الاستبراء وحاف انه لو زوجها ربما لا يطلقها فالحيلة فيه ان يزوج
على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء وانما قال ثم يطلق الزوج بعد الشراء والقبض
او بعد القبض لانه ان طلقها قبل كان على المشتري الاستبراء اذا قبضها في اصح الروايتين
عن محمد كذا في العناية وفي وجه مذكور فيه ان شئت فراجعه
ومن ملك امتين لا تجتمعان صفة الامتين نكاحا تمييز سواء كانتا
اوامرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فلو وطئ احديهما فقط لا وطئها وله دواعيه
فقط من التقبيل والمس بشهوة والنظر الى فرجها بشهوة واصل هذا
ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين لان المراد به الجمع بينهما عقدا ووطئا لانه معطوف
على قوله امهاتكم في قوله حرمت عليكم امهاتكم والمراد تحريم العقد
والوطء بالاجماع والمعطوف يشارك المعطوف عليه فيجب ان يكون
المراد المعطوف هنا تحقيقا لقضية العطف ولا يعارض بقوله تعالى
او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وسئل عن علي رضي الله عنه
عن تحريم الجمع بين الاختين وطئا فقال احلتها آية وهي قوله تعالى
او ما ملكت ايمانكم وحرمتها آية وهي قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
والترجيح للمحرم قال صاحب النهاية وكذا في هذا الفصل اختلاف
بين عثمان وعلي رضي الله تعالى عنهما وكان عثمان رضي الله عنه يقول
احلتها آية وحرمتها آية فكان يتوقف فيه وكان علي رضي الله عنه
يرجح المحرم لانه ان كان المراد الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب
مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما
وطئا فاخذنا بقول علي رضي الله عنه احتياطا لتغليب الحرمة على الاباحة
انتهى وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي
بمنزلة الوطء في التحريم لان الاصل ان سبب الحرام حرام
فان وطئها او فعل بهما شيئا من الدواعي حرم عليه وطء كل منهما
ودواعيه حتى يحرم احديهما عليه بان يملكها غيره او يزوجها او
يعتقها لانه لما حرم عليه فرج احديهما لم يبق جامعا وتمليكها الغير ينتظم التمليك
بجميع اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص منه كتمليك الكل
لان الوطء يحرم بتمليك الشقص غيره كما يحرم بتمليك الكل
وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها والكتابة
كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بها ايضا وبرهن احديهما او
اجارتها او تدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بكل منها عن ملكه
وقولنا او يزوجها المراد منه النكاح الصحيح واما اذا زوج
احديهما بنكاح فاسد لا يباح له وطء الاخرى الا ان يدخل الزوج بها
في النكاح الفاسد لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح
في التحريم على المولى فيحل له ان يطأ اختها

فصل في البيع

اخر فصل البيع

اخر فصل البيع عن فصل الاكل واللبس والوطء لان اثر تلك الافعال تتصل ببدن الانسان
وهذا لا وما كان اكثر اتصالا به كان احق بالتقديم كذا في النهاية والعناية ويكره
بيع العذرة وهي رجيع الآدمي خالصة عن غيرها لانها نجس العين فلا يكون مالا وجاز بيعها لو
مخلوطة برماد او تراب في الصحيح لان العادة لم تجر بالانتفاع بالعذرة الخالصة وانما
ينتفع بها مخلوطة برماد او تراب غالب عليها بالالقاء في الارض وفي البيع الانتفاع
وقوله في الصحيح احتراز عن الرواية الاخرى وهي انه بيع العذرة الخالصة والانتفاع
بها قول الفقيه وقع في نسخة الزيلعي التي عندنا والصحيح عن محمد ان الانتفاع بالعذرة
الخالصة جائز لكن هذا مخالف لسائر الكتب لان الصحيح عدم جوازه لعل النسخة
الصحيحة غير جائز لكن صاحب الدرر نقله عن الزيلعي موافقا للنسخة التي عندنا
وجاز بيع السرقين السرجين والسرقين بكسرهما الزبل معرب سركين
بالفتح كذا في القاموس وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين
فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا ان المسلمين
تمولوا السرقين وانتفعوا به في البلدان والاعصار من غير نكير لانهم يلقونه في الاراضي
لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر ببيعها والانتفاع بها والانتفاع
اي بكل من العذرة الخالصة والمخلوطة والسرقين كالبيع فما كان بيعه غير جائز
يكون الانتفاع به غير جائز وما كان بيعه جائزا لا يكون الانتفاع به جائزا ومن راى
جارية رجل مع اخر يبيعها قائلا وكلني صاحبها اي صاحب الجارية ببيعها
او اشتريتها اي الجارية منه اي من صاحبها او وهبها لي صاحبها او تصدق صاحبها
اي بالجارية علي ووقع في قلبه اي في قلب الرائي صدقه فصدق البائع القائل بهذه الكلمات
حل له اي للرائي شراؤها اي الجارية منه اي من البائع القائل حال كونه وطئها ايضا بعد الشراء
لانه اخبر بخبر لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط ان يكون مميزا على
وان كان اكبر رأيه انه كاذب لا يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقوم مقام اليقين وان لم يخبر
صاحب اليد بشيء من الوكالة او انتقال الملك اليه فان كان عرف انها للغير لا يشتريها حتى يعلم
ان الملك انتقل اليه او وكله لان اليد الاول دليل الملك وان كان لا يعرف انها للاول
وسعه ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر باكبر
الرأي عند وجود دليل ظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فح يستحب له ان يتنزه
ولو اشتراه مع ذلك يصح لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة
لم يشترها حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره وان اخبره
ان مولاها اذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه اكبر الراي
وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل كذا في الزيلعي
ويجوز بيع بناء مكة بالاجماع لان البناء ملك من بناه الا ترى ان من بنى على الارض
الوقف جاز بيعه فههنا كذلك ويكره بيع ارضها اي ارض مكة واجارتها عند ابي حنيفة
خلافا لهما وفي لهما رواية عن الامام لان اراضيها مملوكة لظهور آثار الملك فيها وهو الاختصاص
وقوله صلى الله عليه وسلم هل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان اراضيها ملك
وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع اراضيها والدور التي
فيها من غير نكير والتعارف من الحجج وله ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها وان الحرم وقف الخليل
صلوات الله على نبينا وعليه وسلامه وقال صلى الله عليه وسلم من اكل اجور ارض مكة
فكانما اكل الربوا وان اراضي مكة كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
وزمن الخليفتين من بعده السوائب من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره فيها
والسوائب جمع سائبة وهي التي لا مالك لها ولانه قد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها

ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع

صح بها شرعا

بينا

بهايين

مطلب الاحتكار

ويكره الاحتكار وهو حبس الطعام للغلاء افتعال من حكر اذا ظلم ونقص
وحكر بالشيء اذا احتبسه من غيره كذا في الكافي في اقوات الآدميين والبهائم كالبر والعلف
والسمن والعسل والزبيب ونحوها وكالشعير والتبن وامثالها قالوا الاحتكار في عشرة
اشياء في البر والشعير والتمر والذرة والسمن والعسل والزيت والجبن والجوز
ببلد يضر باهله لقوله صلى الله عليه وسلم من احتكر فهو خاطئ وفي رواية ملعون
ومعناه مطرود عن درجة الابرار لا عن رحمة الغفار وقال صلى الله عليه وسلم
من منع الغلاء ليلة واحدة احبط الله عمله اربعين سنة وفي حديث آخر ان المحتكر
يحشر مع قتلة الانبياء ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم
وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة
بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وتلقي
الجلب على هذا التفصيل وقد ذكرنا في البيع وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول ابي ح ومحمد
وعند ابي يوسف لا يختص بالاقوات بل يكره الاحتكار في كل ما يضر احتكاره
بالعامة ولو ذهبا او فضة او ثوبا او نحو ذلك اعتبارا بحقيقة الضرر اذ هو المؤثر
في الكراهة وهما اعتبرا الضرر المعهود ثم قيل الكراهة مقدرة باربعين ليلة لقوله
صلى الله عليه وسلم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل
بشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع
التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط العياذ بالله تعالى منه وقيل المدة
للمعاقبة في الدنيا واما الاثم فيحصل وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة على ما في الكافي
فاذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره ببيع ما يفضل عن حاجته اي عن قوته وقوت عياله
لانه في منعنا رفقه وقوت عياله غير محتكر فيتركها القوت على اعتبار السعة
فان امتنع المحتكر عن البيع باع عليه وان لم يمتثل حبسه وعزره على ما يرى
ولا احتكار في غلة ضيعته لانها خالص حقه فلم يتعلق بها حق العامة فلا يكون احتكارا
الا يرى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع ولا احتكار فيما جلبه من بلد اخر عند ابي ح
لان حق العامة انما تعلق بما جمع في المصر او جلب الى فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد اخر
فاذا نقله من بلد اخر كان له ان يحبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغلة ضيعته والجامع
عدم تعلق حقهم به الا ترى ان له ان لا ينقل كما ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع ما نقله
وعند ابي يوسف يكره احتكار ما جلبه من بلد اخر لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم
المحتكر ملعون ولالحاق الضرر بالعامة ولانه يتوهم حصوله لهم بان يجلبه غيرهم او يجلبوه
بانفسهم كما نقله هو وجلبه فكان بحبسه مبطلا لحقهم في النقل والجلب معنى
فصار كما اذا حبس المجلوب الى المصر او فنائه بخلاف ما زرع في ضيعته لانه لم ينقل هنا
وكذا يكره عند محمد ان كان يجلبه منه الى المصر عادة يعني قال محمد ان نقل من موضع
يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه لان حق العامة تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر الا ان كان
ينقل لو لم ياخذه هو يعني اما اذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالنقل منه الى المصر لا
يتعلق حقهم الا ترى انه لو لم ياخذه لم ينقل اليهم فصار كغلة ضيعته وهو ما قاله محمد المختار
يقول الفقير لم يوجد هنا في الكتب التي قال المص رحمه الله في ديباجته انه ماخذ تهذيبه
ويجوز بيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعين العصير بل بعد تغيره بخلاف بيع
فيضاف الفساد الى اختياره بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة في ايامها لان المعصية تقوم
فيكون اعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولو باع مسلم خمرا
واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه لان بيع المسلم الخمر باطل فيكون ثمنها حراما باقيا
على ملك المشتري فلا يحل للآخذ وان كان المديون ذميا فباع خمرا واوفى دينه من ثمنها
لا يكره لرب الدين اخذه وان كان مسلما لان الخمر مال متقوم في حق الذمي فملكه الذمي وحل اخذه لرب الدين

ويكره التسعير لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسعروا فان الله هو المسعر
القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البائع فكان اليه تقديره ولا ينبغي للامام
ان يتعرض لحقه الا اذا تعدى ارباب الطعام في القيمة تعديا فاحشا بان يبيعوا
قفيزا بشيء وهو يشترى بعشرة مثلا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين من
التسعير فلا باس به اي بالتسعير بمشورة اهل الخبرة دفعا للضرر العام فاذا فعل
القاضي ذلك لكن تعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي
وهذا ظاهر عند ابي ح لانه لا يرى الحجر على الحر وفي ابطال بيعه نوع حجر عليه وكذا عندهما
الا ان يكون الحجر على قوم معينين او على قوم باعيانهم حتى يصح الحجر على قوم محصورين عندهما
قال صاحب الهداية ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع انتهى
وفي شرح المختار لو سعر الامام على الخبازين الخبز فاشترى رجل بذلك السعر
والخباز يخاف ان نقصه ضربه الامام لا يحل للمشتري اكله لانه في معنى المكره
فينبغي ان يقول المشتري بعني بما تحب فح باي شيء باعه يحل وباعه كما امره الامام ثم قال
اجزت البيع حل انتهى يقول الفقير ولا يخفى بين كلام صاحب الهداية وبين كلام
شرح المختار من شوب المخالفة فتدبر في التوفيق بينهما قال الفاضل الزيلعي ولو اصطلح
اهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم
او لحما بكذا فاعطاه البائع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له ان يرجع
عليه بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري من غير اهل تلك
البلدة كان له ان يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة
في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار
العادة دون اللحم ولو خاف الامام على اهل مصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين
وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وانما هو دفع الضرر عنهم كما في حالة المخمصة انتهى
ويجوز شراء ما لا بد للطفل منه وبيعه اي بيع ما لا بد للطفل منه لاخيه وعمه
وملتقطه ان كان هو اي الطفل في حجرهم يعني يجوز لهؤلاء الثلاثة ان
يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه ان كان الصغير في حجرهم
وذلك مثل النفقة والكسوة لانهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير
وهو من نوع واصله ان التصرف على الصغير على ثلاثة انواع نوع هو نفع
محض فيملكه كل من هو في يده وليا او لا كقبول الهبة والصدقة وقبضها
ويملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق
والطلاق فلا يملكه عليه احد ونوع هو متردد يحتمل ان يكون نفعا ويحتمل
ان يكون ضررا مثل البيع والاجارة مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه
الا الاب والجد او وصيهما ويملكونه سواء كان الصغير في ايديهم او لم يكن
لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط ان يكون في ايديهم واستثنى الطحاوي
من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة ومن
ذوي الارحام عندهم عند ابي ح ولا يجوز من غيرهم كذا في الزيلعي
يقول الفقير فعلى هذا يكون شراء ما لا بد للطفل منه وبيعه من النوع الاول ايضا وهذا
يملكهما كل من هو في يده فتدبر وتؤجره اي الطفل امه فقط دون هؤلاء
الثلاثة لانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية
وفي رواية القدوري يجوز ان يؤجره الملتقط او يسلمه في صناعة تجعله من النوع الاول وهذا اوجب
لان فيه صيانة ونفعا محضا للطفل ولو آجر الصبي نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
فيتمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا آجر نفسه وان كان الصغير في تبع
فاجرة امه صح لانه من الحفظ وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا يجوز والله سبحانه اعلم

فصل في المتفرقات

يجوز المسابقة بالسهام والخيل والحمير والبغال والاقدام والاصل فيه حديث ابي
هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا في خف او نصل او حافر والمراد بالخف الابل
وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل والحمار وعن الزهري قال كانت المسابقة
بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيل والركاب والارجل ولان السبق مما يحتاج
اليه في الجهاد للكر والفر وكل ما هو من اسباب الجهاد فتعلمه مندوب اليه وكانت العضباء
ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسبق فجاء اعرابي على قعود فسبقها فشق
ذلك على المسلمين فقال صلى الله عليه وسلم ما رفع الله شيئا الا وضعه وفي الحديث
سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر فسبق رسول الله صلى الله عليه وسلم
وعن النبي صلى الله عليه وسلم لا يحضر الملائكة شيئا من الملاهي سوى النضال والرهان
الرمي والمسابقة وفي الرمي فضائل كثيرة قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله
يدخل الجنة بالسهم الواحد الثلاثة صانعه يحتسب في صنعه الخير والرامي
ومنبله وقال النبي صلى الله عليه وسلم من تعلم الرمي ولم يرم فليس منا كذا في الاختيار
ثم انه يقول الفقير ليت شعري ما السبب لاتيانهم في مسئلة المسابقة بلفظ الخيل
والابل مفردا مع اتيانهما جمعا وللاتيان بجميعها على صيغة المفرد او على
صيغة الجمع فليتدبر وجهه فان شرط فيها اي في المسابقة جعل بضم الجيم معروف
من احد الجانبين بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء لي
او شرط فيها جعل من ثالث لا سبقهما مثل ان يقول ثالث للمسابقين ايكما سبق
له علي كذا جاز لاشتمال هذين الوجهين على التحريض على آلة الحرب ولقوله
صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم يقول الفقير فسر ابن ملك شرط الجعل
من ثالث لاسبقهما بان يقول للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك
فلا شيء لنا وانت خبير بان هنا نوع كون غير مستفاد من كلام او من ثالث لاسبقهما وانما
المستفاد منه ما فسرناه به مبنيا على معنى ادخال المحلل بينهما على ما فسره صاحب الدرر
وان شرط من كلا الجانبين بان يقول ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلي كذا
يحرم لكونه قمارا والقمار حرام الا ان يكون بينهما فرس محلل قال صاحب القاموس
والمحلل على صيغة اسم الفاعل الفرس الثالث في الرهان ان سبق اخذ وان سبق فلا شيء عليه
كفي بتشديد الياء على وزن فعيل صفة محلل لهما اي لفرسيهما ومعنى كونه كفيا لهما
يتوهم سبقه اياهما ان سبقهما اخذ الجعل منهما وان سبقاه لا يعطيهما شيئا
او بالعكس يعني شرط انهما لو سبقاه يعطيهما ولو سبقهما لا ياخذ شيئا منهما كذا في التسهيل
وفي ما بينهما ايهما سبق اخذ المال المشروط من الاخر قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه
المراد منه الحل والطيب دون الاستحقاق فانه لا يصير مستحقا له لكن لو اخذ له حل له
وانما جاز ذلك لان بالمحلل خرج من ان يكون قمارا فيجوز وانما قيد بقوله كفيا لهما لانه
لو لم يكن مثلهما لا يجوز لانه لا فائدة في ادخاله بينهما فلا يخرج من ان يكون قمارا
يقول الفقير وحاصل المحل على ما فهمنا والله تعالى اعلم واحكم انه ان شرط الجعل من احد
الجانبين او شرط من ثالث لاسبقهما مثل ان يقول ثالث ايكما سبق فله علي كذا جاز وان شرط
الجعل من الجانبين يحرم لكونه قمارا الا ان يدخل بينهما محلل كفي لهما وفي ذلك صور ثلاث
الاولى ان يقولا للثالث ان سبقتنا فلك علينا كذا وان سبقناك فلا شيء لنا عليك ويقول كل واحد
منهما للاخر ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلي كذا والثانية ان يقولا للثالث ان سبقتنا لا نعطيك
وان سبقناك لا ناخذ شيئا ويقول كل واحد منهما للاخر مثل ما قالا في الصورة الاولى
ففي تينك الصورتين فيما بينهما ايهما سبق اخذ المال المشروط من الاخر وفي الثالث على ما شرط
فتدبر حتى تعطي ما يقول لك الفقير بعون الملك القدير ولا تلتفت الى الخاتل وما يقال وما ذا بعد الحق

حاشية
قوله والاقدام اعلم ان المسابقة يكون بالسهم الواحد كما يعرف من حديث ابي هريرة والخيل والحمير والبغال تبركا بلفظ كلام الله حيث قال والخيل والحمير والبغال والاقدام جمع قدم لا وضع موقع التثنية لان المسابقة لا تتحقق بقدم واحد انتهى

وعلى هذا لو اختلف عالمان اثنان في مسئلة واراد الرجوع الى الشيخ فضل وجعلا
على ذلك جعلا ان من جانب واحد جاز وان من جانبين لا يجوز لانه لما جاز في الافراس
الذي يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد في طلب العلم لان الدين يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد
ووليمة العرس سنة قديمة فيها مثوبة عظيمة قال صلى الله عليه اولم ولو بشاة
وهي ان يدعو الجيران والاقرباء والاصدقاء ويذبح لهم ويصنع لهم طعاما اذا بنى الرجل بامراته
ومن دعي اليها فليجب وان لم يجب اثم لقوله صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة
فقد عصى الله ورسوله فان كان صائما اجاب ودعا وان لم يكن صائما اكل ودعا
وان لم ياكل اثم وجفا لانه استهزاء بالضيف قال صلى الله عليه وسلم لو دعيت الى كراع
لاجبت ولا يرفع منها اي من طعام الوليمة شيئا ولا يعطي سائلا الا باذن صاحبها
لانه انما اذن له في الاكل دون الرفع والاعطاء وان علم المدعو ان ثمة لهوا لا يجيب
كان مقتدى او غيره لانه لا يلزمه حق الدعوة والاجابة لانها لم تخلص سنة حكي عن الشيخ
ابي حفص الكبير انه قال اذا كان من عادتهم لا يجيب ولا يترك المعصية لاجل السنة
الاتباع من الاجابة اولى لقوله صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم وان لم يعلم
ان ثمة لهوا فان قدر على المنع فعل المنع لانه نهي عن منكر والا اي وان لم يقدر على المنع
فان كان مقتدى او كان اللهو على المائدة فلا يقعد اما اذا كان
مقتدى به فلان في القعود شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين قال علي رضي الله عنه
صنعت طعاما ودعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء ورأى في البيت تصاوير فرجع
رواه ابن ماجة واما اذا كان اللهو على المائدة فلانه يكون قاعدا مع القوم الظالمين
وقد نهى الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين
والا اي وان لم يكن مقتدى ولم يكن اللهو على المائدة فلا باس بالقعود ويصبر
كتشييع الجنازة اذا كان معها نائحة حيث لا يترك التشييع والصلاة عليها لما اقترن بها
من النياحة كذا هنا لكن الاولى ان لا يقعد لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم
قال الامام امامنا الاعظم ابتليت بهذا اي باللهو مرة فصبرت وهو اي قول الامام هذا
محمول على ما قبل ان يصير مقتدى والا فالاولى له ان لا يصبر ولا يقعد لكونه مقتدى
ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء انما يكون بالمحرم
قال صاحب الهداية دلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة
ابتليت لان الابتلاء انما يكون بالمحرم وقال صاحب النهاية في شرح قوله دلت المسئلة على ان الملاهي
كلها حرام لان محمدا اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء واللعب وهو اللهو
قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه
ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكر ليس من جنس هذه الثلاثة فكان باطلا
ثم الكلام في الغناء قال بعضهم دلت المسئلة على ان مجرد الغناء والاستماع معصية لقوله صلى الله عليه وسلم
استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر انما قال ذلك على وجه التشديد
وان سمع بغتة فلا اثم عليه ويجب عليه ان يجتهد كل الجهد حتى لا يسمع ومنهم من قال انما يكره التغني
ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح الكلام لا باس به ومنهم من قال اذا كان وحده فتغنى لدفع
الوحشة عن نفسه فلا باس به وبه اخذ شمس الائمة السرخسي وانما المكروه على قول هذا القائل
ما يكون على سبيل اللهو واستدل هذا القائل بحديث انس بن مالك رضي الله عنه وانه كان
من زهاد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ثم انه كان يتغنى في مرضه وكان لا يفعل ذلك لهيا
ولكن ليدفع الوسواس عن نفسه وذكر شيخ الاسلام ان جميع ذلك المكروه عند علمائنا يحمل قوله
ومن الناس من يشتري لهو الحديث لانه جاء في التفسير ان المراد به الغناء واما حديث انس فمحمول على
انه كان ينشد الاشعار المباحة وهي الاشعار التي فيها الوعظ والحكم ولا باس بانشاد مثل هذه
ثم لو كان في الشعر صفة المراة ان كانت امراة بعينها وهي حية يكره وان كانت ميتة لا يكره وان

كانت امراة مرسلة لا يكره هنا كلام الزخيرة والجامع الصغير لقاضيخان وفتاواه والجامع الصغير للامام المحبوبي انتهى ما ذكره النهاية

والكلام منه اى بعضه ما يوجر به كالتسبيح ونحوه كالتحميد والتكبير والتهليل والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وقراءة القرآن والاحاديث النبوية وعلم الفقه قال الله تعالى والذاكرين الله كثيرا والذاكرات اعد الله لهم مغفرة واجرا عظيما والآيات والاحاديث كثيرة في ذلك وقد يأثم به اى بالتسبيح ونحوه اذا فعله في مجلس الفسق وهو يعلم ان الفسق فيه لان فيه الاستهزاء والمخالفة لموجبه وان قصد به اى بالتسبيح ونحوه فيه اى في مجلس الفسق الاعتبار والانكار لافعال الفاسقين وان يشتغلوا عما هم فيه من الفسق فحسن وكذا من سبح في السوق بنية ان الناس غافلون مشتغلون بامور الدنيا وهو مشتغل بالتسبيح وهو افضل من تسبيح وحده في غير السوق قال صلى الله عليه وسلم ذاكر الله في الغافلين كالمجاهد في سبيل الله ويكره فعله للتاجر عند فتح متاعه كان يقول عند فتح المتاع لا اله الا الله او سبحان الله او يصلي على محمد صلى الله عليه وسلم فانه يأثم بذلك لانه يأخذ بذلك ثمنا بخلاف الغازي والعالم اذا كبر في مجلس العلم او عند المبارزة لانه يقصد التعظيم والتفخيم واظهار شعار الدين ويكره الترجيع وهو ان يخفض صوته ثم يرفعها وهو التغني بقراءة القرآن وكذا يكره الاستماع اليه اى الى الترجيع لانه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم ولم يكن هذا في الابتداء ولهذا كره في الاذان على ما قيل لا بأس به لقوله صلى الله عليه وسلم زينوا القرآن باصواتكم وقوله صلى الله عليه وسلم من لم يتغن بالقرآن فليس منا مع احد معانيه المذكورة في شروح المشارق والصحيح روي ان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه حين استحسن النبي صلى الله عليه وسلم صوته قال لو علمت انك تسمع قراءتي يا رسول الله لحبرت لك تحبيرا والتحبير تفعيل من حبر بتشديد الباء المهملة بعد الحاء المهملة تحسين الصوت كذا في نفع العوام واللحن في القرآن حرام بلا خلاف على التالي والسامع قال الله تعالى قرآنا عربيا غير ذي عوج ثم اعلم انه انما سمع اللحن عن القارئ فان علم انه ان لقنه الصواب لا ينفعل لقنه وان علم انه ينفعل لا يلقنه فان كل امر معروف يتضمن منكرا يسقط وجوبه كذا في البزازية وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن وعند الجنازة وعند الزحف اى الحرب وعند التذكير اى الوعظ فما ظنك به اى برفع الصوت عند استماع الغناء المحرم الذي يسمونه وجدا هكذا وقع العبارة في الاخيار ولطائف الاشارات لصاحب جامع الفصولين يقول الفقير الظاهر ان الموصول ليس بصفة للغناء وهنا في من البين لم تحقيق واذعان ولا يجوز ان يكون صفة لضميره الراجع الى رفع الصوت لان المضمر لا يوصف ولا ان يكون عطف بيان لان المضمر كما لا يوصف لا يعطف عليه عطف البيان اللهم الا ان يقال انه بدل منه لان الظاهر لا يبدل من الضمير بدل الكل الا من الغائب وجعله صفة لرفع الصوت من قوله كره رفع الصوت بعيد لانه يقع بين الموصوف والصفة حينئذ فصل كثير وهو مخل بالفصاحة لكونه موجبا للتعقيد اللفظي اللهم الا ان يقال يقع مثل ذلك في كلام المصنفين تدبر ثم انه قال صاحب تحفة الملوك ويجب منع الصوفية الذين يدعون الوجد والمحبة عن رفع الصوت وتمزيق الثياب عند سماع الغناء وقال الفاضل محمد افندي الزيلعي في شرحه المسمى بهدية الصعلوك افتى القدوري في شرحه الكبير ان السماع والرقص اللذان يفعلهما الصوفية في زماننا حرام لا يجوز القصد اليه ولا الجلوس عنده وهو والغناء والمزامير سواء وفي الحاوي يكره المشي في الذكر الذي يفعله الصوفية في زماننا والدوران مثلها قيل يكون فعل الدوران لما روي ان سعدا مشى وجاء وسقط في حلقة الذكر مغشيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ بجوه فتصدوا ذلك ثم قال صلى الله عليه وسلم الا من يجوه لكن ان يطوع في هذا النوع ولا ابرح من مكاني حتى يحرجه دينه كذا في كراهية الحاوي انتهى

سمع مجلسه حاضر اولياء بركوي

مطلب جهة الفقر والرقص

علي تحية الدرك لحكمه بقوله الآتي ثم قال صاحب تحفة الملوك

ثم قال صاحب تحفة الملوك لان ذلك اى رفع الصوت وتمزيق الثياب حرام عند سماع القرآن فكيف يكون مباحا عند سماع الغناء الذي هو حرام خصوصا في هذا الزمان ثم قال الفاضل المزبور في شرحه ذلك وقد صح عن ابن مسعود رضي الله عنه انه سمع قوما اجتمعوا في مسجد يهللون ويصلون عليه عليه الصلاة والسلام جهرا فراح اليهم فقال ما رأينا ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وما اراكم الا مبتدعين فما زال يقول ذلك حتى اخرجهم عن المسجد فان قلت المذكور في الفتاوى ان الذكر بالجهر ان كان في المسجد لا يمنع احترازا عن الدخول تحت قوله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها ومنع ابن مسعود رض يخالف ذلك قلت انما منع ابن مسعود رضي الله عنه دفعا لاعتقادهم العبادة فيه وتعليما للناس بانه بدعة والفعل الجائز يجوز ان يكون غير جائز لغرض يلحقه وكذلك غير الجائز يجوز ان يكون جائزا لغرض كما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الافضل في بعض الاوقات تعليما للجواز كذا في كتاب الاستحسان من البزازية قال في حقائق المنظومة انا كان الجهر بالتكبير الواجب بدعة فكراهة الجهر في الذكر الغير الواجب اولى انتهى لما مر في تكبير التشريق ولو تمسك من اولع بالذكر جهرا بما ذكر في الاحقاف من رفع الصوت بالذكر جائز كالاذان والخطبة يوم الجمعة فجوابه ان ادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة وما اجتمع الحلال مع الحرام الا غلب الحرام الحلال فيلزم الاجتناب خصوصا لمن يدعي السلوك في طريق الورع وهو الاجتناب عن الشبهات انتهى لكن ذكر القطبي ان الشيخ المرشد قد يأمر المبتدي برفع الصوت في الذكر ليقلع الخواطر الراسخة فيه وانشد السيد عبد العزيز الديريني صاحب كتاب طهارة القلوب حيث قال

اكثر الفقهاء رقصا وقالوا ... حرم الله حيث فتشوا كتبهم فلم يجدوه

فعليهم منا بهذا سلام ... فلهذا عندنا هم لا يلام

ليس في الكتب والمناهج ربي ... وانما الرقص محبة وغرام

لقلوب صفت فلاح لنا ... من جانب الطور جذوة وكلام

فان خلطوا السماع بلهو ... فحرام على الجميع حرام انتهى

وقال صاحب جامع الفصولين في تسهيله شرح لطائف الاشارات اقول في الوجد اسباب وبعضها الاختيار فلا وجه للانكار بلا تفصيل يقول الفقير كانت هذه واقعة الفتوى استفتي من الفقير في تاريخ اربع وعشرين والف هذه الفتوى الشيخ ابراهيم الفقير المنتسب الى شيخنا واستاذنا الشيخ شمس الدين السيواسي قدس الله سره فاجبناها بتفصيل وتحقيق وتدقيق وقد اوتي من جناب الحق بعون توفيق وحاصل جوابنا ان الرقص والدوران اللذين يفعلهما الصوفية ليسا بحلالين اسا وليسا بحرامين راسا والنزاع الذي وقع بين الفقهاء والصوفية فيهما نزاع لفظي راجع الى وجود الاختيار وفقدانه فالرقص والدوران اللذان يوجدان من الطائفة ان كانا باختيارهم فحرامان والا فلا نزاع في حلهما فمراد الفقهاء من حكمهم بانهما حرامان ما يكون بالاختيار ومراد المشايخ من حكمهم بانهما حلالان ما لا يكون بالاختيار بل بالاضطرار والتحقيق ان الفقهاء قائلون بحلهما عند الاضطرار وعدم الاختيار والمشايخ ايضا قائلون بحرمتهما عند وجود الاختيار وما ذكره الفقهاء في فتاواهم من انهما حرامان ما يكون بالاختيار لكن لما تعلق عليهم الشريعة بما يفعله المتصوفون الذين دخلوا في صورة الطائفة تلبيسا وجعلوه الى استيفاء اللذات المحرمة من الظاهر من اهل الحكم في حلقة الذكر بعضهم يرقصون وبعضهم يدورون وبعضهم كانوا سكارى من الخمر الخبيثة يلعبون في حلقة الذكر مع الغلمان والصبيان فلا جرم قالوا لسد الذرائع ان الرقص والدوران حرامان في حلقة الذكر في صورته الاطلاق تشديدا ومبالغة وزجرا لهم عن مثل هذه الافعال القبيحة ومرادهم ما يكون بالاختيار بلا شبهة هذه العوارض والافعال يليق بالعلماء الربانيين الذين هم هداة الدين وحماة بيضة الاسلام والملة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم علماء امتي كانبياء بني اسرائيل ان ينسب الى الفاكرين بخلوص الطوية وصدق النية ما لا يجوز نسبته الى الطغاة والزناة والذين اخبروا بجميع الشنيعات جهارا

عن المسجد

عليه وسلم

اولى

ويوضح ما ذكره صاحب التسهيل من ان للوجد مراتب ما ذكره مولانا ومن كل الوجوه اولنا
عبد الرحمن الجامي قدس الله سره السامي في بعض مصنفاته ان الفقير المتظاهر بالوجد
حاله لا يخلو عن ثلاثة الاول ان الفيوضات الربانية اذا انصبت في حلقة الذكر
من ميزاب العناية على قلبه فلا جرم يتحرك رحى جسمه بالضرورة لا بالاختيار لكن لا
يعرفه الا المبتلى الذي ذاق من شرب الطائفة قدس الله اسرار اسلافهم وابقيت
آثار اخلافهم فلا يلام الفقير على هذا كما لا يلام الرحى على حركتها القسرية السريعة
مع ثقلها وعظم جسمها والثاني التواجد والتشبه بالوجد بالخلوص لا بالرياء
وهو حرام بالاتفاق لكن جوازه منعه وطعنه مبني على معرفة حال الذاكر ونيته
وهو امر قلبي لا يعرفه سوى علام الغيوب على ان ظن المؤمن واجب علينا من حمل
على الصلاح يمنعنا عن الجسارة الى الاكفار قال صلى الله عليه وسلم كفوا
عن اهل لا اله الا الله ولا تكفروه بذنب فمن اكفر اهل لا اله الا الله فهو الى
الكفر اقرب الا ترى ان صاحب الكشاف قال في تفسيره قوله تعالى ولا تقولوا لمن القى
اليكم السلام لست مؤمنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاسامة وقد قتل من
قال لا اله الا الله هلا شققت قلبه ابيت قول لا اله الا الله ابيت قول لا اله الا الله
ابيت قول لا اله الا الله ثلاثا انكارا على قتله من قال لا اله الا الله من غير ان يفتش
عن حاله ويطلع على ما في باله هـ
على انه افتى فخر قروم الروم الفاضل ابن كمال الادهم حين استفتي من هذه الفتوى فخر
المشايخ العظام وافتخر مشايخي العظام الشيخ جمال الدين الفرهادي وصل الى الله تعالى
بان يقول الجواب الله اعلم ما في التواجد ان حققت من حرج ولا التمايل
ان اخلصت من باس فقمت تسعى على رجليك فحق لمن دعاه مولاه ان يسعى على الرأس
ثم قال ومن كان حاله هذا فهو لا يحتاج الى المفتي ولا القاضي انتهى
ويقرب ما ذكرناه قصة سيدنا موسى مع سيدنا الخضر عليهما السلام وما جرى بينهما
على ما ذكر في الآية القرآنية وما ذكره القاضي البيضاوي في تفسيره هنالك
تتبع ان كنت منصفا كفى هنا والا فلا يفيدك التطويل ولو تليت
عليك التوراة والانجيل نعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات اعمالنا
ويكره الاملاء القراءة عند القبر لان اهل القبر جيفة وكذا يكره القعود على القبر لانه
ولانه اهانة للآدمي المكرم قال صلى الله عليه وسلم لان يجلس احدكم على جمر فيحرق ثيابه حتى يبلغ الى جلده خير له
من ان يجلس على قبر اخرجه مسلم وجوزها اي القراءة عند القبر محمد وقال ينتفع بها الميت وبه اي بقول محمد اخذ
لانه اشتهر الاخبار فيها وعليها العمل في الامصار في كل الدهور والاعصار وهو حجة تعمل بها في الاقطار
على انه ورد الاثار بقراءة آية الكرسي وسورة الاخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور وعن ابي حنيفة
القراءة على القبر بدعة حسنة ومذهب اهل السنة والجماعة ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره ويصل
لحديث الخثعمية وقد مر في الحج عن الغير ولما روي انه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين احدهما
عن نفسه والآخر عن امته يعني جعل ثوابه لامته وروي ان رجلا قال يا رسول الله ان امي قد قتلت نفسها
فهل لها اجر ان تصدقت عنها قال نعم فتلك والاثار فيه كثيرة ومنع بعضهم عن التصدق لاجل الميت
متمسكا بقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وبقوله صلى الله عليه وسلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله
الحديث والجواب عن الآية وجوه احدها انها سيقت على قوله ام لم ينبأ بما في صحف موسى وابراهيم الذي وفى
فيكون اخبارا عما في شريعتهما فلا يلزمنا كيف وقد روينا عن نبينا صلى الله عليه وسلم خلافه
قال عكرمة هذا القوم ابراهيم وموسى عليهما السلام فاما هذه الامة لهم ما سعوا وما سعي لهم والثاني انها منسوخة
بقوله تعالى الحقنا بهم ذريتهم حيث ادخل ذرية الجنة بصلاح الآباء قاله ابن عباس رضي الله عنه
والثالث قال الربيع بن انس المراد بالانسان الكافر واما المؤمن فله اجر ما سعي وما سعي له
والرابع يجعل اللام بمعنى على يعني وان ليس على الانسان الا ما سعى فيحمل عليه تعرفهما بين الآية وبين الا
والخامس ان سعيه جعل ثواب عمل لغيره فيكون له ما سعى واما الحديث فانه يدل على انقطاع عمله ولا كلام فيه انما الكلام في وصول ثواب عمل غيره اليه
والحديث لا ينفيه على ان الناس عن آخرهم قد استحسنوا ذلك فيكون حسنا بالحديث كذا في الاختيار هـ

ومنه اي وبعض الكلام

ومنه اي وبعض الكلام ما لا اجر فيه ولا وزر نحو قم واقعد واكلت وشربت ونحوها
لانه ليس بعبادة ولا معصية وقيل لا يكتب عليه لانه لا اجر عليه ولا عقاب فيكتب
وقد روي عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم انه قال ان الملكين لا يكتبون
الا ما كان فيه اجر او وزر وقيل يكتب لقوله تعالى ونكتب ما قدموا وآثارهم ثم يمحى في
الدنيا ما لا اجر فيه ويبقى ما فيه جزاء والاكثرون على انه يكتب ثم يمحى يوم القيامة ومنه
اي وبعضه ما يأثم به كالكذب والغيبة بكسر الغين المعجمة والنميمة والشتيمة لان كل ذلك معصية
بالنقل والعقل والتملق ايضا حرام وهو التواضع والتذلل للغير في العادة والتواضع محمود
والتملق مذموم قال صلى الله عليه وسلم ليس من اخلاق المؤمن التملق الا التعلم لا استاذه
والولد لوالديه والعبد لمولاه ومنه ما قال في ديباجة التيسير ان الله يحب التملق كما ان الا
يحب ولده كذا في هدية الصعلوك شرح تحفة الملوك والكذب حرام بالنقل والعقل الا في الحرب
للخدعة وعن ان يوهم صاحبه خلاف ما يريده لمكر وفي الصلح بين اثنين وفي ارضاء الرجل الاهل
وفي دفع الظالم عن الظلم لانا امرنا بهما فلا يبالي فيه الكذب اذا كان نيته خالصة ويكره
التعريض به اي بالكذب الا لحاجة كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعني امس فلانا بحر انا كا
لانه صادق في قصده وان كان كذبا في الظاهر قال صاحب تحفة الملوك فان عرض بالكذب
اي تكلم الكذب بالتعريض لا بالتصريح بغير ضرورة حاجة قيل يحرم لانه كذب في الظاهر وقيل
لا يحرم لانه صادق في قصده مثل ان يقال له تعال كل معنا فيقول اكلت يعني الاكل بالامس
ولا غيبة لظالم يؤذي الناس بقوله وفعله قال صلى الله عليه وسلم اذكروا الفاجر بما فيه
لكي يحذره الناس ولا اثم في السعي اي بالظالم الى الحاكم بان يعلم ان فلانا جار حقيقة
لينزجر عن الجور والحيف بل يثاب بهما لانه من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم
ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة لان المراد مجهول فصار كالعدد
ويحرم اللعب بالنرد وهو لعب معروف صنعه اردشير بن بابك ولهذا يقال النردشير كذا في
والشطرنج بكسر الشين المعجمة او المهملة لعبة معروفة قال الفاضل ابن خلكان في تاريخ في
الصول الشطرنجي ورأيت خلقا كثيرا يعتقدون ان الصول هو الذي وضع الشطرنج
وهو غلط فان الذي وضعه صصه بن داهر الهندي واسم الملك الذي وضع له شهرام
وكان اردشير بن بابك اول ملوك الفرس الاخيرة قد وضع النرد ولذلك قيل له النردشير
واما نسبة الصولي الى الشطرنج فلانه يلعب بحيث لا يغلبه احد لا لانه وضعه انتهى
والاربعة عشر قال صاحب الكفاية هو اسم لعب يستعمله اليهود والظاهر انه اسم للعب
يقال له بالتركي في ديارنا جوز لان بيوته اربعة عشر لانه ان قامر بها يكون ميسرا
وهو حرام بالنص فان الميسر اسم لكل قمار وان لم يقامر يكون عبثا وهو حرام ايضا
قال الله تعالى افحسبتم انما خلقناكم عبثا ولقوله صلى الله عليه وسلم كل لعب ابن آدم حرام
الا الثلثة ملاعبة الرجل باهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه ولقوله صلى الله عليه وسلم
من لعب بالشطرنج والنرد فكانما غمس يده في دم الخنزير رواه مسلم واحمد وابو داود ولقوله
صلى الله عليه وسلم من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه مالك واحمد وروي ان ابن عمر
رضي الله عنهما مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون
وروي ان عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف
اسلم على قوم يعكفون على اصنام لهم وروي انه ضربهم على رؤوسهم ولانه لعب يصد صاحبه عن الجمع و
عن ذكر الله تعالى غالبا فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم ما الهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر
ثم ان قامر به سقط عدالته وان لم يقامر لم يسقط عدالته ولم ير ابو حنيفة بالسلام عليهم باسا
ليشغلهم عما هم فيه وكرهه ابو يوسف ومحمد تحقيرا لهم واباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا
بحفظ الواجبات ومن غير كلام فحش وايام كاذبة لان فيه تشحيذ الخاطر وتزكية نار الاذهان قال
في سهل الصعلوك من اصحاب الشافعي اذا سلمت اليد من الخسران والصلاة من النسيان واللسان من الهذيان فهو ادب
والحجة عليه ما روينا من الاحاديث والآثار واما المنفعة التي ذكرها فمغلوبة تابعة والعبرة للغالب في التحريم
الا ترى الى قوله تعالى واثمهما اكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم وهل لامرائنا من يعتاد بلعب الشطرنج يصلي
فضلا عن الجمع والجماعات وان صلى فقلبه مشغول به يعرف ذلك بالتجربة فكان في اباحته اعانة الشيطان على الاسلام والمسلمين هـ

ويحرم كل لهو لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم كل لعب ابن آدم الى اخر الحديث وقوله
الهالة عن ذكر الله تعالى فهو ميسر وقد مر آنفا دليل حرمة كل الملاهي
ويكره استخدام الخصيان بكسر الخاء المعجمة وسكون الصاد المهملة جمع خصي على وزن فعيل
لان فيه تحريضا للناس على هذا الصنع وهو مثلة محرمة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة
ويكره وصل الشعر بشعر ادمي سواء كان شعر الادمي او شعر غيره لقوله صلى الله عليه وسلم
لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة الحديث الواصلة التي تصل الشعر
بشعرها والمستوصلة التي تطلب ذلك والواشمة التي تشم في الوجه والذراع وهو
ان تغرز الجلد بابرة ثم تحشى بكحل او نيل والمستوشمة التي تطلب الوشم من التي تفعله
ويكره قوله في الدعاء اسئلك بمعقد العز من عرشك عند ابي حنيفة ومحمد وروي هذا بعبارتين
الاولى بتقديم العين على القاف من العقد والثانية بتقديم القاف على العين من القعود ولا شك
في كراهة الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وصفاته وكذا الاولى لانها توهم ان
عزه متعلق بالعرش وهو حادث فما يتعلق بالحادث يكون حادثا ضرورة والله تعالى منزه عن
تعلق عزه بالحادث لان عزه قديم لانه صفة وصفات الذات والافعال كلها
قديمات مصونات عن الزوال ولانه لم يزل موصوفا بها في الازل ولن يزال في الابد
ولم يزدد شيء من الكمال لم يكن له في الازل بحدوث العرش وغيره خلافا لابي يوسف
فانه روي عنه انه لا باس بان يقول هكذا وبه اخذ الفقيه ابو الليث لما روي انه صلى الله عليه وسلم
كان من دعائه ان يقول اللهم اني اسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك
وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة قال صاحب النهاية روي عن ابن مسعود
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اثنتا عشرة ركعة من صلاها في ليل او نهار وقرأ في كل ركعة
فاتحة الكتاب وسورة وتشهد في كل ركعتين وسلم ثم سجد بعد التشهد من الركعتين الاخيرتين
قبل السلام وقرأ فاتحة الكتاب سبع مرات وقال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك
وله الحمد يحيي ويميت وهو على كل شيء قدير ثم قال اللهم اني اسئلك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ان تقضي حاجتي ثم
قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تعلموها السفهاء لانها دعوة مستجابة لكن الاحوط ان لا يدعو به
لكونه خبر الواحد اذا المتشابه انما يثبت بالدليل القطعي انتهى قال الفاضل الزيلعي ولو جعل
العز صفة للعرش كان جائزا لان العرش موصوف في القرآن بالمجد والكرم فكذا بالعز
ولا يخفى على احد انه موضع الهيبة واظهار كمال القدرة وان كان الله تعالى مستغنيا عنه انتهى
ويكره قوله اسئلك بحق انبيائك ورسلك او بحق البيت والمشعر الحرام لانه لا حق للمخلوق
على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله
ان تفعل كذا لا يجب عليه ان ياتي بذلك شرعا وان كان الاولى ان ياتي.
واستماع الملاهي حرام لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم استماع الملاهي معصية الحديث
يقول الفقير موضع هذه المسئلة عقيب قوله ويكره كل لهو قبل قوله ويكره استخدام الخصيان ليت شعري
ويكره تعشير المصحف وهو جعل العواشر في المصحف وهو كتابة عن وضع العلامة عند منتهى عشر آيات
ونقطه لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف في التعشير والنقط
قال صاحب العناية واختلفوا في تفسير قوله جردوا القرآن قال بعضهم المراد به جردوه عن نقط المصاحف
وتعشيرها فيكون دليلا على كراهتهما وقيل هو امر بتعلم التنزيل وحده وترك الاحاديث قالوا هذا
وقيل انه حث على ان لا يتعلم شيئا من كتاب الله غير القرآن لان غيره يعني التورية والانجيل والصحف
وليسا بما ينسخ لا يكون الحديث دليلا على الكره ولان التعشير يخل بحفظ الاي والنقط يخل بحفظ
الاعراب للعجم قال اي كل من التعشير والنقط حسن للعجم لا بد لهم من وضع الحركات والنقط والتعشير ليحرزه عن التعلم
فربما يضيع بذلك خلوه بالنقل فيكون حسنا وعلى هذا لا باس بكتابة اسامي السور وعدد الاي في اوائل كل سورة
في كل ما حدث لكنها مستحسنة وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان كذا في النهاية نقلا عن الامام

ثم اعلم

ثم اعلم ان قراءة القرآن من المصاحف اولى من القراءة من الاسباع والاجزاء لانها محدثة وقراءة
القرآن كله افضل من قراءة سورة الاخلاص ثلاث الاف مرة ولا باس للمضطجع في الفراش
ان يقرأ القرآن بشرط ان لا يمد رجليه والتسبيح والتهليل فيه جائز كيف ما كان بلا كراهة
ويكره تصغير المصحف بان يكتب بقلم رقيق وقطعة صغيرة كرجل امسك المصحف في بيته
ولا يقرأ وان نوى الحفظ والبركة لا ياثم بل يثاب كذا في الخزانة ولا باس بتحليته اي تحلية
المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المساجد وتزيينها فان فيه تعظيمها وعمارة بيت الله
لكن الصرف الى فقراء المسلمين اولى منه قال عمر بن عبد العزيز في مال نقل اليه ان ينفق في المسجد الحرام
المساكين احوج من الاساطين وروي ان عمر رضي الله عنه كسى الكعبة وبنى سليمان عليه السلام
مسجد بيت المقدس من الرخام ووضع على راس قبته كبريتا احمر يضيء اثني عشر ميلا
وبعضهم قال انه يكره لقوله عليه السلام ان من اشراط الساعة تزيين المساجد واجيب
بان كونه من اشراط الساعة لا يدل على قبحه قال صلى الله عليه وسلم من اشراط الساعة نزول عيسى
ولا باس بدخول الذمي المسجد الحرام وقال الشافعي يكره له ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد
للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر
لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه منها فوجب تنزيه المسجد عنه ولمالك
الحاق سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لان كلها يجب ان ينزه عنها
ولنا انه صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة
المشركون نجس فقال صلى الله عليه وسلم ليس على الارض من نجاستهم شيء وانما نجاستهم
على انفسهم وروي ان ابا سفيان دخل في حال كفره مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والنجاسة
المذكورة في الاية هي الخبث في اعتقادهم لان كل قبيح خبيث فهو نجس الا ترى ان الخمر
والميسر سميت في القرآن رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الاية قربانهم المسجد الحرام
منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت الشريف عراة على ما ذكره اهل التفسير
لانه كان الحكم لم يفعلوه بعد ان ادوا ولما اعلى الله كلمته ونصر دينه نهاهم عن ذلك و
منعهم من دخوله لقصد الطواف بالكلية يقول الفقير بما روينا من فعله صلى الله عليه وسلم
انه انزل وفد ثقيف في المسجد الخ وما روي ان ابا سفيان دخل في حال الكفر مسجد النبي
لا يدل الا على المدعى وهو جواز دخول الذمي في المسجد الحرام لان الظاهر ان النبي صلى الله عليه وسلم
انزل الوفد في مسجد المدينة وكذا ابو سفيان وعن هذا ثم ينفي مذهب مالك
وهو عدم جواز دخوله في المسجد الحرام فتدبر ولا باس بعيادته اي الذمي لانه نوع بر
في حق الذميين وما نهينا عن ذلك حيث قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين
لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وقد صح ان النبي صلى الله
عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره فقعد عند راسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله
فنظر المريض الى ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله محمد رسول الله
ثم مات فقال صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ نسمة من النار ولا باس برد السلام
على الذمي لكن لا يزيد على قوله وعليكم ولا يبدأه بالسلام لان فيه تعظيمه ويكره وان كان له
حاجة اليه فلا باس بان يبدأه ولا يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه قال صلى الله عليه وسلم
اللهم اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر
وقيل يجوز لان في طول عمره نفعا للمسلمين باداء الجزية فيكون دعاء لهم وعلى هذا الاختلاف الدعاء
وهذا اذا كان من اهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يجوز لانه ابعد
الاسلام من اهل الكتاب وقيل يجوز لان في اظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه
وقد ندبنا اليه واختلفوا في عيادة الفاسق ايضا والاصح انه لا باس بها لانه مسلم والعيادة
واذا مات الكافر لوالده او قريبه خلف الله عليك خيرا منه او اصلحك اي رزقك الاسلام ورزقك
ولدا مسلما لان الخيرية به تظهر وينبغي ان يقول في تعزية المسلم اعظم الله اجرك واحسن عزاءك وغفر

ويجوز احصاء البهائم لانه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين ولان لحم الخصي
طيب فيكون حسنا ويجوز انزاء الحمير على الخيل لانه صلى الله عليه وسلم ركب البغل
واقتناه ولو لم يجز لما فعل لان فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لاجل تكثير الخيل
ويجوز الحقنة للرجال والنساء للتداوي لانه مباح بالاجماع وقد ورد باباحته
منها ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل داء دواء واذا اصاب الدواء الداء برئ
باذن الله تعالى رواه مسلم ولاحمد وغيره ان الاعراب قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا
نتداوى فقال تداووا عباد الله فان الله لم يضع داء الا وضع له شفاء او قال ما خلق
داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم رواه الترمذي وصححه جماعة
ومن الناس من كره التداوي لما روى ابن مسعود رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال يدخل الجنة من امتي سبعون الفا بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون
ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم ولهما وعن ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل الجنة من امتي سبعون الفا بغير حساب هم الذين
لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون ولهما ان امراة سوداء اتت
النبي صلى الله عليه فقالت اني اصرع واني اتكشف فادع الله لي قال ان شئت صبرت
ولك الجنة وان شئت دعوت الله تعالى ان يعافيك فقالت اصبر فاني اتكشف فادع الله
ان لا اتكشف فدعا لها رواه اولئك الثلاثة ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم
قال ما انزل الله داء الا انزل له شفاء وروي انه صلى الله عليه وسلم تداوى واحتجم وقال
جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد بن معاذ مرتين
رواه ابن ماجه ومسلم بمعناه ولا جناح على من تداوى اذا كان يرى ان الشافي هو الله تعالى
دون الدواء وان الدواء جعله سببا لذلك والشافي في الحقيقة هو الله تعالى
عند ذلك وما رواه بعضهم من الاخبار ما يدل على كراهة التداوي فذلك اذا كان
يرى الشفاء من الدواء ويعتقد انه لو لم يعالج لما سلم ونحن نقول به ثم انه لا يجوز ذلك
الا بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس عن هذا قال لا يجوز بالمحرم كالخمر ونحوها
لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قال ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم رواه البخاري
وعن ابي الدرداء رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال ان الله خلق الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا
ولا تتداووا بمحرم رواه ابو داود ويجوز التداوي بالعظام كلها اذا كانت من المذكية او من الميتة
غير انها اذا كانت من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس فيها دسومة ومن المذكية يجوز كيف ما كان
الا عظم الخنزير والآدمي الخنزير لنجاسة عينه والآدمي لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع باجزائه
ولا باس بالرقى لانه صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وما جاء فيه من النهي عنه عليه السلام محمول
على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات الكفر الا ترى الى ما روي عن عوف بن مالك انه قال كنا
في الجاهلية نرقي فقلنا يا رسول الله كيف ترى في ذلك فقال اعرضوا علي رقاكم لا باس بالرقى ما
لم يكن فيه شرك رواه مسلم وابو داود وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
ان الرقى والتمائم والتولة شرك رواه احمد وابو داود وابن ماجه قال الاصمعي التولة تحبب المراة الى زوجها
وعن جابر انه قال نهى صلى الله عليه وسلم عن الرقى فقالوا يا رسول الله انها كانت رقية
نرقي بها من العقرب وانك نهيت عن الرقى قال فاعرضوا عليه فعرضوها فقال ما ارى بأسا
من استطاع منكم ان ينفع اخاه فليفعل رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله
اذا مرض احد من اهله نفث عليه بالمعوذات فلما مرض مرضه الذي مات فيه جعلت انفث عليه وامسحه
بيد نفسه لانها اعظم بركة من يدي رواه البخاري ومسلم ولاحمد قال صاحب النهاية
يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول اذا اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح
والحرمة ترتفع بالضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحمل انه قال في
عرفه [illegible] غير المحرم واما فيما تيقنا جوازه كونها للتداوي لانها اذا كانت الشمس لا يجوز
الحقنة

ولا باس برزق

ولا باس برزق القاضي من بيت المال لان بيت المال اعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس لمصالحهم
والحبس من اسباب النفقة فكان نفقته في رزق المقاتلة والزوجة كفاية يعني يعطى منه
ما يكفيه واهله على هذا كان الصحابة والتابعون رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وبعث رسول الله صلى الله عليه
عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان ابو بكر والخلفاء
بعده ياخذون كفايتهم فكان اجماعا وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما بان
جمع من حرام وباطل لم يحل له اخذه لانه مال الغير فيجب رده الى صاحبه ثم ان كان القاضي محتاجا
فالافضل له ان ياخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا به اذا اشتغل بالكسب يمنعه عن اقامة
وان كان غنيا فالافضل الامتناع رفقا ببيت المال وقيل ياخذ كفايته وهو الصحيح
لان فيه نظرا لمن يجيء بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اخذه عند الحاجة
هذا اذا اعطوه بلا شرط ومعاقدة كعقد الاجارة وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل
لان القضاء طاعة فلا يجوز اخذ الاجر عليه كسائر الطاعات وتسميته رزقا يدل على
ان ما ياخذه مقدر بالكفاية وانه ليس باجر ومنهم من رسم باعطائه في اول السنة
لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا يؤخذ الخراج في اخر السنة
والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى فيه لو اخذ الرزق في اول السنة
ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة كذا
ولا باس بسفر الامة وام الولد بلا محرم لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر
فكما يجوز للمحرم ان يسافر مع المحرم فكذا هي مع الاجنبي وام الولد كالامة لقيام الرق فيها
وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند ابي حنيفة لانها كالمكاتبة عنده
وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم لغلبة اهل الصلاح في ذلك الزمان واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد
ومثله في النهاية معزيا الى الشيخ الامام [illegible] والخلوة بها [illegible] قيل تباح اعتبارا بالمحارم
واليه مال شمس الائمة وقيل لا تباح لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد وام الولد ايضا في حكمها
ويكره جعل الراية في عنق العبد وصورته ان يجعل في عنقه طوق مستدير بسما بعظم يمنعه
من تحريك راسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار
قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله تعالى قال صاحب النهاية انه علامة بانه ابق
ولا باس به في زماننا لغلبة الاباق وكان في زمانهم مكروها لقلة الاباق لا تقييده
يعني لا يكره تقييد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق
لانه من شر الامور محدثاتها قال صلى الله عليه وسلم كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار
ويكره ان يعطي بقالا درهما لياخذ منه ما شاء من البقال درهما يحتاج من المطعوم
الى ان يستغرق الدرهم متعلق بقوله لياخذ قال صاحب النهاية ومعنى المسألة اذا
رجلا فقيرا الدرهم يخاف ان لو كان في يده يهلك او يصرفه الى حاجة لكن حاجته مع العائلة
مع البقال امس من عندها كشراء الملح والكبريت ونحوهما وليس له فلوس حتى يشتري به
ما يحتاج اليه بالضرورة في كل ساعة فيعطي الدرهم البقال كي ياخذ منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا
حتى يستوفي ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه لان حاصل هذا الفعل راجع الى انه
قرضا يجر به نفعا وهو مكروه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا
وانما قلنا ذلك لانه لما وضع الدرهم عنده لهذا المقصد كان هو قرضا اياه درهما ليرجع
واشتراط ما يقابله في الحال من شرط ان ياخذ منه ما شاء حالا فحالا في الزمان الثاني وهو
وكان للقرض فيه نفع فيكره ولكن الحيلة فيه لو اراد ذلك ان يودع البقال درهما ثم ياخذ منه ما
فاذا ضاع فهو وديعة لا شيء عليه لانه اذا اودع لا يكون قرضا ثم لما اخذ الوديعة من البقال
شيئا يملكه ما اعطاه جزءا جزءا بمقابلة ما ياخذه فيحصل المقصود بغير كراهة انتهى ما في النهاية
صاحب العناية ما محصوله انه عند الابتياع اذا شرط ان ياخذ منه ما شاء لا يكون فرق بين صورة الوديعة
والقرض واما اذا وضعه ولم يشترط شيئا يكون وديعة ان هلك لا يغرم شيئا انتهى

والسنة تقليم الاظافير ونتف الابط وحلق العانة والشارب وقصه اي قص الشارب حسن
وهذه من سنن الخليل عليه السلام وفعلها نبينا صلى الله عليه وسلم وامر بها واول من قص الشارب واختتن
وقلم الاظفار ورأى الشيب سيدنا ابرهيم عليه السلام قال الطحاوي في شرح الآثار قص الشارب حسن
وهو ان يأخذ منه حتى ينقص من طرف الشفة العليا وقال صاحب الاختيار والحلق سنة وهو احسن من القص
وهو قول اصحابنا لقوله صلى الله عليه وسلم احفوا الشارب واعفوا اللحى والاحفاء الاستئصال
واعفاء اللحى تكثيرها وروى محمد عن ابي حنيفة ترك اللحية تكثيفه وتكثيره والتقصير فيها سنة وهو ان يقبض
فما زاد على قبضة قطع لان اللحية زينة وكثرتها من كمال الزينة وطولها الفاحش خلاف الزينة
والسنة النتف في الابط ولا بأس بالحلق ويبتدئ في حلق العانة من تحت السرة واخذ الاظفار
وحلق شعره ينبغي ان يدفن وان القاها فلا بأس به ويكره القاؤها في الكنيف والمغتسل
لانه يورث المرض وتوفير الاظفار والشارب مندوب اليه في الحرب ليكون اهيب في عين العدو
والاظفار فيه سلاح عند عدم السلاح ويستحب قلم الاظفار من يوم الجمعة قال فاصبحنا رجل وقت بقلم
وحلق رأسه يوم الجمعة قالوا ان كان يرى جواز ذلك في يوم غير يوم الجمعة واخرها الى يومها تأخيرا فاحشا
لان من كان ظفره طويلا يكون رزقه ضيقا وان لم يجاوز الحد واخره تبركا بالاخبار فهو مستحب
لما روت عائشة رضي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من قلم اظافيره يوم الجمعة اعاذه الله
من البلايا الى الجمعة الاخرى وزيادة ثلاثة ايام قال صاحب القنية الافضل ان يقلم اظفاره ويقص
شاربه ويحلق عانته وينظف بدنه بالاغتسال في كل اسبوع مرة فان لم يفعل ففي خمسة عشر
ولا عذر في تركه وراء الاربعين فالاسبوع هو الافضل والخمسة عشر الاوسط والاربعين الابعد
ولا عذر فيما وراء الاربعين ويستحق الوعيد وفي المحيط ذكر ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب
ان وفروا الاظفار في ارض العدو فانها سلاح وهنا مندوب اليه للمجاهد في دار الحرب وان كان قص الاظفار
لانه اذا سقط السلاح من يده وقرب العدو منه ربما يتمكن من دفعه باظافيره وهو نظير قص الشارب فانه
وفي حق الغازي في دار الحرب ان توفير شاربه مندوب اليه ليكون اهيب في عين العدو انتهى
ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر الداخل فيه وغض بصره لما فيه من الزينة
وتوارثه الناس من غير نكير ويستحب اتخاذ الاوعية لنقل الماء الى البيوت لحاجة الوضوء والشرب
لانهن عورة وقد نهين عن الخروج قال الله تعالى وقرن في بيوتكن وكون الاوعية من الخزف افضل
اذ لا سرف فيه ولا مخيلة وفي الحديث من اتخذ اواني بيته خزفا زارته الملائكة ويجوز اتخاذها
من نحاس او رصاص او شبه او اديم ولا يجوز من الذهب والفضة لما مر يقول الفقير وقع في النسخ
ويستحب اتخاذ الاوعية الى آخره لكن وقع في الحقائق عند الظاهرية يفهم من دليله الوجوب حتى لو ترك
فيلزم على الزوج فلذلك كساء حاجتها انتهى ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود لدفع البرد
للبرد لانه نوع منفعة ويكره سترها للزينة لما روي ان عائشة رضي سترت الحيطان بالنمط فلما رآه النبي
هتكه وقال انا لم نؤمر بان نستر الحجارة والطين قال صاحب المغرب النمط ثوب من الصوف يطرح على
ومنه حديث عائشة رضي اخذت نمطا فسترته على الحيطان فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم هتكه انتهى
وكذا ارخاء الستر بكسر السين على البيت يعني يكره ما لم يكن لدفع البرد ويكره اذا كان للتكبر وفي الخزانة
لا بأس بان يستر البيت بستر ديباج لكن لا يتعلق ولا ينام عليه وكذا اواني الذهب لا للشرب
والاكل منها لان الحرمة في الاستعمال بها وقيل يحل فرش الديباج والحرير في البيت والجلوس والنوم عليه وتعليقه
وستر الجدار به انتهى واذا ادى الزكاة والفرائض واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوار حسان فلا بأس به
فان النبي صلى الله عليه وسلم تسرى مارية ام ابراهيم مع ما كان عنده من الحرائر وعلي رضي تسرى ام محمد
مع ما كان عنده من الحرائر والاصل فيه قوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده الاية
والقناعة بادنى الكفاية وصرف الباقي الى ما ينتفع به في الآخرة اولى لانها على خير واتقى
ثم اعلم ان الاقتصار على ادنى ما يكفيه عزيمة وما زاد عليه من التنعم ونيل اللذات رخصة وقد قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله يحب ان يؤتى رخصه كما يحب ان يؤتى عزائمه وقال
بعثت بالحنيفية السمحة ولم ابعث بالرهبانية الصعبة فالذي يجب على المسلم التمسك بما

ظهر منها وما بطن ومنها المحافظة على اداء الفرائض في اوقاتها بشرائطها كما امر بها
وما عدا ذلك فمتفق وسع الله تعالى علينا فيه الامر فلا يضيق علينا ولا على احد من المسلمين كذا في الاختيار

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية والاستحسان يجوز ان يكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب
ما يكره وما لا يكره ويجوز ان يكون لان الاحياء ههنا هو الاحياء صورة لا حقيقة لان المراد منه هو
التسبب الى الحياة وكذا المراد من الكراهة ما هو تسبب الى الحرمة صورة لا حقيقة والحرمة التي
هي الكراهة الكاملة الحقيقية كذا في النهاية ومن محاسنه التسبب الى الخصب في اقوات الانام
ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا ميتة فهي له قال المولى
الشهير بمسكين في كتاب الحدود والاحكام الموات في اللغة الارض الخراب
وخلاف الارض العامرة وفي الاصطلاح في الهداية حيث قال الموات ما لا ينتفع به
من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه بان صار سبخة
او غلبت الرمال عليها بحيث لا يمكن الزراعة فيها ويمتنع الانتفاع بها سميت
مواتا تشبيها لها بالحيوان من حيث انه اذا مات بطل الانتفاع به فاحياء الارض اذا كان
بحيث يجعلها في حيز الانتفاع ويشتغل بقواها النامية قال الله تعالى فاحيا به الارض بعد موتها
وفي الشريعة هي الموات ارض لا ينتفع بها بسبب من الاسباب القاطعة للانتفاع
كغلبة الماء والرمال عليها ونحوها عادية اي قديمة يعني قدم خرابها كأنها خربت في عهد عاد
فكانت منسوبة اليه لخرابها من عهده او مملوكة في الاسلام لكن ليس لها اليوم
مالك معين مسلم او ذمي عند ابي حنيفة ومحمد فجعلا المملوكة في الاسلام اذا لم يعرف مالكها
من الموات فان حكمها كالموات حيث يتصرف فيها الامام كما يتصرف في الموات
وعند محمد ان ملكت في الاسلام لكن ليس لها مالك معين اليوم لا يكون مواتا
لانها اذا كانت مملوكة لمسلم او ذمي كان ملكه باقيا فيها لعدم ما يزيله فلا يكون مواتا
بل يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها ويشترط عند
ابي يوسف كون الارض بعيدة عن العامر لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع
ارتفاق اهلها عنها كرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فيها فلم يكن انقطاع ارتفاقهم
عنها ظاهرا فلا يكون مواتا واختلف في مقدار البعد قال بعضهم يكون بحيث لو صاح
من اقصاه انسان من اقصى العامر لا يسمع فيها اي في الموات يعني ان قام رجل جهوري
الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال ونادى باعلى صوته فكل موضع لا يسمع فيها
هذا الصوت فهو بعيد وكل موضع يسمع فيها فهو قريب وفي رواية عن ابي يوسف
ان البعد مقدر بغلوة والقرب باقل من ذلك والحاصل ان مدار الحكم عند ابي يوسف
على القرب والبعد سواء كانت عادية او مملوكة في الاسلام لكن ليس لها اليوم مالك معين
وعند محمد يشترط ان لا ينتفع بها اهل العامر من حيث الرعي ومن حيث الاحتطاب
او الاحتشاش او غير ذلك ولو كانت قريبة منه اي من العامر حتى لا يجوز احياء ما ينتفع
اهل القرية وان كانت بعيدة من العامر ويجوز احياء ما لا ينتفعون به وان كان
قريبا من العامر لكن بشرط ان لا تكون مملوكة في الاسلام قط كذا في الزيلعي
وشمس الائمة اعتمد على قول ابي يوسف والامام المعروف بخواهرزاده اختار قول محمد
والمفهوم من كلام صاحب التسهيل ان قول الامام كقول ابي يوسف في اشتراط
البعد حيث قال اعتبر محمد عدم الارتفاق لا البعد خلافا لهما من احياها
يقول الفقير الظاهر ان احياها بالفاء ليكون متفرعا على ما قبله يعتبر باذن الامام
او نائبه ولو كان محييها ذميا ملكها وبلا اذنه اي بلا اذن الامام ونائبه لا يملكها عند ابي حنيفة
خلافا لهما يعني يملكها عندهما وان لم يكن باذنه لقوله صلى الله عليه وسلم من عمر ارضا ليست
لاحد فهو احق بها رواه البخاري واحمد ولقوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا ميتة فهي له
رواه احمد والترمذي وصححه ولانه مال مباح سبقت اليه يده فكان احق بها كالماء والحطب والحشيش

ولا يرجح بقوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان هذه الاراضي
كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين فصارت فيئا ولا يختص بالفيء احد دون
راي الامام كالغنائم وما روياه يحمل على انه اذن منه عليه السلام لانه نصب شرع كقوله
عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب لا نصب شرع قال صاحب
النهاية كما ينبغي بقول المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر الاذن بالشرع
فنصب الشرع كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف
والاذن بالشرع كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولاية
بان اذن للغازي بهذا القول فكذلك في مسئلتنا هذا من قتل قتيلا لا يكون السلب له الا باذن الامام
وكذا قوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا ميتة فهي له من قبيل الاذن بالشرع عند ابي ح
وعندهما من قبيل نصب الشرع فلما كان هذا الحديث محتملا للمعنيين لم يصلح معارضا
لقوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه لان ذلك لا يحتمل الا وجها
فترجح ما قاله كما في سائر الغنائم التي يقسم بعدما نهب فلو احياها ثم تركها فزرعها
غيره فقيل الثاني احق بها عند البعض لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان
الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث
اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك كذا في الهداية انتهى
قال صاحب النهاية واصل هذا ان من احيى ارضا ميتة قال بعض المشايخ يثبت له الاستغلال
دون ملك الرقبة منهم الفقيه ابو القاسم احمد البلخي وعامة المشايخ يقولون يملك رقبتها
رجل احيى ارضا مواتا ثم جاء اخر واحيى الى جنبها ارضا والاول ساكت حتى احاطوا
جوانبها الاربعة كيف يكون الطريق الى صاحب الارض الاولى فالرابع الذي احيى ارضا
يتطرق فيها طريقا الى ارضه لانه متى سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا
فاذا احياه الرابع فقد احيى طريقه من حيث المعنى فيكون له فيها طريق كذا في الذخيرة انتهى
والكافر كالمسلم في كونه مالكا بالاحياء لانهما لا يختلفان في سبب الملك
ولا يجوز احياء ما قرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم
لتحقق حاجتهم اليها حقيقة عند محمد ودليلها عند ابي يوسف لان القرب دليل الحاجة
فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع
ما لا غناء للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها كذا في الهداية
وقوله ان يقطع من الاقطاع يقال اقطع السلطان رجلا ارضا اي اعطاه اياها
وخصصه بها يقول الفقير فعلى هذا يكون حاصل المقام انه لا يجوز احياء ما قرب من العامر
قطعا عند ابي يوسف لعدم شرطه وهو بعدها عن العامر بدليل الحاجة ولا يجوز ايضا
عند محمد لتحقق الحاجة حقيقة وثمرة الخلاف بينهما تتحقق في صورة كونها بعيدة
عن العمران فقط فانها اذا كانت بعيدة فلا يخلو اما ان يكون منتفعا بها فلا يكون مواتا
عند محمد ويكون مواتا عند ابي يوسف وان لم تكن منتفعا بها تكون مواتا اتفاقا
فعند ابي يوسف لوجود الشرط ايضا وهو كونها بعيدة وعند محمد لوجود الشرط
ايضا وهو عدم الانتفاع بها واما اذا كانت قريبة فلا يظهر اثر الخلاف فيها لانها
لا تكون مواتا عند ابي يوسف لعدم بعدها ولا يكون مواتا عند محمد لانها اذا كانت
قريبة لا يكون بد من الانتفاع البتة فلا يوجد شرط كونها مواتا عنده وهو عدم
الانتفاع بها فما نقلناه من الفاضل الزيلعي آنفا لا يكون صحيحا ح وهو
قوله ويجوز احياء ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وكذا قول الامام
وعند محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر ولو قريبة منه يكون مخالفا لان مقتضاهما
ان يجوز احياء ما قرب من العامر على تقدير عدم انتفاعهم بها نظرا الى حقيقة الحاصل الى الثاني

ولا يجوز

ولا يجوز احياء ما عدل عنه الفرات ونحوها كدجلة والشط ونحوها واحتمل عوده اليه
لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حق لحاجتهم اليه فان لم يحتمل عوده اليه
يقول الفقير الظاهر ان لم يحتمل بالواو بدل الفاء جاز احياؤه لانه ليس في ملك احد فجاز احياؤه
اذا لم يكن حريما لعامر ومن حجر ارضا التحجير من الحجر بفتح الجيم او سكونه فمعنى الاول
اعلم بوضع الاحجار لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله ومعنى الثاني اعلم بحجر الغير اي منعه
عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام سواء كان بوضع الاحجار او بان يغرز حولها اغصانا يابسة
او بان ينقي الارض ويحرق ما فيها من الشوك او يحصد ما فيها من الحشيش والشوك ويجعلها حولها
ثلاث سنين لا يملكها بالتحجير لان التحجير ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة
للزراعة والتحجير للاعلام فلا يكون بمجرد التحجير مالكا لها وتبقى مباحة على حالها لكنه اولى
فلا يؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين ولم يعمرها اخذت منه اي من المحجر
ودفعت الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر او الخراج
فاذا لم يحصل المقصود لا يكون فائدة في تركها في يده فلا جرم تؤخذ منه وتدفع الى غيره وانما
قدرها بثلاث لقول عمر رضي الله عنه ليس للمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان مدة الانتظار
ينبغي ان تكون عامة تشتمل جميع المحجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان المحجر
له ان يحجر اي موضع شاء من دار الاسلام واقصى دار الاسلام يقطع في سنة
فيقدر سنة للذهاب الى وطنه وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه في وطنه فلا ينبغي
لاحد ان يجيء الى ذلك الموضع قبل ثلاث سنين وهذا كله ديانة واما اذا احياها غيره
قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه حقيقة دون الاول ونظيره الاستيام
فانه استيام سلعة ثم حضر اخر واخذها بايجابه يكره ويجوز عقده ومن حفر بئرا
في ارض موات فله حريمها ان حفرها باذن الامام عند ابي ح وكذا له حريمها ان حفرها
بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء فكان محتاجا الى الاذن عند الامام غير محتاج اليه عندهما
كما ان في الاحياء كذلك فحريم العطن وهو مناخ الابل ومبركها واضافة الحريم الى
العطن لادنى ملابسة والمعنى ان حفر بئرا لسقي الابل حولها ويناخ الماشية ويسقي
فله من الحريم اربعون ذراعا من كل جانب لقوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله
مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر
الا بما حولها لانه يحتاج الى ان يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى ان يبني
على شفيرها ما يركب عليه البكرة والى ان يبني حوضا يجتمع فيه الماء والى
الموضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع باربعين ذراعا
ثم قيل الاربعون من كل جانب هو الصحيح لان المقصود دفع الضرر عنه ولا يندفع
الضرر بعشرة اذرع من كل جانب لان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة
فربما يجيء اخر ويحفر بئرا اخر بقربها فيتحول ماء البئر الاولى اليها فيقدر بالاربعين
من كل جانب كيلا يتعطل عليه المصالح وقيل الاربعون من الجوانب الاربعة
من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر لفظ الحديث فله مما حولها اربعون ذراعا وهو
يجمع الجوانب الاربعة وكذا حريم الناضح عند ابي ح وهو البعير الذي ينزح به الماء
من البئر فيكون المضاف محذوفا اي حريم بئر الناضح موافقا للحديث او يكون
الاضافة لادنى ملابسة كما في قوله حريم العطن وعندهما للناضح ستون ذراعا
من كل جانب لقوله صلى الله عليه وسلم وحريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن
اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار
الحاجة وحاجة بئر الناضح اكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح
وقد يطول الرشاء في بئر العطن يستقى باليد فلا بد من التفاوت بينهما

ولابي حنيفة رحمه الله تعالى قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما
حولها اربعون ذراعا من غير فصل بين العطن والناضح والعام المتفق على قبوله
والعمل به اولى عند ابي حنيفة من الخاص المختلف في قبوله والعمل به
واعترض عليه بانه معتضد بقوله عطنا لماشيته فيكون فيه فصل بين العطن
والناضح واجيب بان ذكر ذلك للتغليب لا للتقييد فان الغالب
في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا
لغالب الانتفاعات كما في قوله تعالى ان الذين ياكلون اموال اليتامى
ظلما الآية والوعيد ليس بمخصوص بالاكل لكن الغالب فيه الاكل
فاخرج على ما عليه الغالب وان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمل
العامل في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اذا اتفق عليه الحديثان
تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من بئر العطن بالناضح
ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر
فلا يحتاج الى زيادة المسافة لان العين يستخرج للزراعة فلا بد من موضع
يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى الزراعة
فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بتوقيف الشرع ثم عند البعض
حريمه خمسمائة ذراع من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون
ذراعا والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكر في العطن
والذراع قد بيناه من قبل ويمنع غيره من الحفر في حريمه كيلا يؤدي الى تفويت
حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به
فليس لغيره ان يتصرف في ملكه لا يمنع من الحفر فيما وراءه اي فيما وراء الحريم
لعدم تعلقه بما وراءه فان حفر احد بئرا فيه اي في داخل الحريم ضمن الاول الثاني
النقصان لتعدي الثاني بتصرفه في ملك غيره وطريق معرفة النقصان
ان يقوم الاول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصانهما او يكبس الاول
بنفسه اي يملؤها بالتراب كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه
ان يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار ويبني صاحب الجدار بنفسه هو الصحيح
وقيل لا يضمن النقصان بل يبرئ الثاني بكبسه لان ازالة جنايته حقيقة
كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤاخذ برفعها وما عطب
في البئر الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها اما اذا كان
باذن الامام فظ وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما واما عنده فيجعل الحفر
تحجيرا وهو ذلك بغير اذن الامام وبالتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق وان لم
يثبت له ملك الاباحة وما عطب في الثانية ففيه ضمانه على الثاني لانه متعد بحفره في ملك غيره
وان حفر بئرا فيما وراءه اي فيما وراء الحريم فلا ضمان بالاتفاق لعدم تعلق حق احد
ولو حفر الثاني بئرا في منتهى حريم البئر الاولى باذن الامام فذهب ماء البئر الاولى
وتحول الى الثانية فلا شيء عليه لانه غير متعد في فعله والماء تحت الارض غير مملوك
لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاول
الاول بسببه وللحافر الثاني الحريم من الجوانب الثلاثة مما الى جانب حريم
الاول لسبق ملك الاول فيه قال صاحب النهاية وفي المبسوط ثم استحقاق
الحريم من كل جانب في الموات من الاراضي مما لا حق لاحد فيه واما فيما هو حق الغير فلا
حتى لو حفر انسان بئرا بجنب آخر وحفر بئرا على منتهى حريم الاولى فانه لا يستحق الحريم
من الجانب الذي هو حريم صاحب البئر الاولى وانما يستحق من الجوانب الاخر
مما لا حق لاحد فيه لان في ذلك الجانب الاول قد سبق اليه وثبت استحقاقه انتهى

والقناة

والقناة وهي مجرى الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز حريم بقدر ما يصلحها ولم يقدر حريمها بشيء يمكن ضبطه
وقيل لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها على وجه الارض قالوا هذا عند ابي حنيفة لانها نهر في الحقيقة رواية عن محمد
فيعتبر بالنهر الظاهر وعندهما هي اي القناة كالبئر في استحقاق الحريم وقال بعضهم هنا
وان ظهر ماؤها اي ماء القناة فهي كالعين الفوارة اجماعا فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع
ولا حريم للنهر في ارض الغير يعني من كان له نهر يجري في ارض الغير فليس له حريم عند ابي حنيفة
الا بحجة يعني الا ان يقيم بينة على حريم وعندهما له اي للنهر مسناة بضم الميم وفتح السين المهملة
ما بني للسيل ليرد الماء كذا في المغرب وقال الاختري المسناة بالضم سنوركه تعيين مكان يجوز
وهي صوان ماء عنده كذا انتهى والمراد هنا الثاني تدبر قيل هذه المسألة بناء على ان من احيى نهرا
في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحق لان استحقاق الحريم
للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البئر والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس بشيء وقع فيه
ولا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي عليه الطين عند الكري
لما في النقل الى مكان بعيد من الحرج كما لا يخفى فيكون له الحريم وله ان استحقاق الحريم ثبت في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس
فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتأتى بدون الحريم
وفي النهر الحاجة موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه اصلا نعم قد يلحقه بعض الحرج في نقل الطين
والمشي في وسط النهر الى اسفله لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس ان يكون الفرع نظير الاصل
الا يرى ان من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة
لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون حريم فاذا لم يستحق فان تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر
وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما
لما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله فكانت هذه المسألة
مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه فيكون اليد ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له
وان كانت مسألة مبتداة فوجه قولهما ان صاحب النهر مستعمل الحريم لاستمساك مائه به ولا استعمال يد فيه فكان القول قوله
كما لو تنازعا في ثوب واحد لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ووجه قول ابي حنيفة
ان الحريم اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما واما معنى فمن حيث صلاحيته للغرس والزراعة
والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس هو في يد احدهما
والمصراع الاخر مركب على باب دار احدهما كان القول له فكذا هنا ولو كان صاحب النهر مستعملا له
باستمساك مائه به كان صاحب الارض ايضا مستعملا له بدفع الماء به عن ارضه فاستويا في هذا الوجه ويرجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرنا
فكان الحريم له فيغرس ما بدا له من الاشجار ولكن ليس له ان يهدمه لان صاحب النهر تعلق به حقه
حتى يستمسك ماؤه به فلا يكون له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل وللآخر عليه جذوع ليس له ان يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه
كذا في الزيلعي ويقدر بنصف عرضه اي عرض النهر من كل جانب عند ابي يوسف من كل جانب فكان نصفا
وهو اختيار الطحاوي حتى اذا كان عرض النهر بقدر ثلاثة اذرع من الجانبين جميعا يكون حريمه
ويقدر ايضا بقدر عرض النهر عند محمد وهو اختيار الكرخي يعني يستحق من كل جانب بقدر عرض النهر
وهو ارفق بالناس الذين هم اهل النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف
بين الامام وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى الكري فيها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق كذا في الزيلعي
فالمسناة مبتدأ وتفريع على الخلاف المزبور يعني المسناة التي بين النهر والارض في الحال عليها ذلك لغير صاحب الشغل ولي
انها ليست في يد احد منهما يعني ليس لاحدهما عليها غرس ولا طين ملقى اما اذا كان لاحدهما خبر قوله فالمسناة وهذا عند ابي حنيفة
لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من موضع الخلاف ايضا لصاحب الارض
فلا يغرس فيها اي في المسناة صاحب النهر ولا يلقي عليها طينه ولا يمر وقيل له اي لصاحب النهر
المرور والقاء الطين فيها ما لم يتفحش قال صاحب الكافي هو الصحيح وعندهما هي اي المسناة لرب النهر
فله اي لرب النهر ذلك اي الغرس والقاء الطين والمرور وقد ذكرنا دليل الطرفين آنفا فلا نعيده فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك
ثم اذا كان الحريم لاحدهما ايهما كان لا يمنع الاخر الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كما
بذلك جرت العادة ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقول الامام في الغرس
وبقولهما في القاء الطين ولا يخفى وجه كل منهما تدبر ومن غرس شجرة في ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب
يمنع غيره من الغرس فيه لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والموضع فيه روي ان رجلا
غرس شجرة في ارض فلاة فجاء آخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له صلى الله عليه وسلم
من الحريم خمسة اذرع واطلق للآخر فيما وراء ذلك

فصل في الشرب

لما فرغ من احياء الموات ذكر فيه ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه
هو ان الشرب النصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اي نصيب والشفة
اصلها شفهة اسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه ولذا سمي شفة
شرب بني آدم لانفسهم وشرب البهائم اي نصيبها منه فعلى هذا يكون الشرب عاما والشفة خاصا
ويكون بينهما عموم وخصوص مطلق كذا فهم من المغرب في استعمال الفقهاء الانهار العظام كالفرات
ودجلة ونحوهما غير مملوكة لاحد لان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء
يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز ولكل احد فيها اي في الانهار العظام ان ينتفع
فيكون لكل احد فيها حق الشفة والوضوء ونصب الرحى وكرى نهر الى ارضه
لقوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار رواه احمد وابو داود
وابن ماجه من حديث ابن عباس رض لكن المراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا احرز فقد ملك
فيخرج ان يكون مباحا كالصيد اذا احرز على ما سيأتي عن قريب في هذه الصفحة
لكن شرط جواز الانتفاع به ان لا يضر بالعامة ومن هنا قال ان لم يضر بالعامة بالكري
او نصب الرحى واما اذا اضر بالعامة بان انكسرت ضفته فيغرق الماء الى القرى والاراضي
بان شق الساقية او الجدول فيتغرق في بعض فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح انما يجوز اذا لم يضر
بالعامة كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلأ الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير ان ينبته احد
ومن غير ان يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه واحرزه وان كان في ارض غيره والمراد بالاستضاءة
بضوئها والاصطلاء بها والدفء من لهبها فليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كانت في الصحراء
بخلاف ما اذا اراد غيره ان ياخذ الجمر منها لانه يملكه فكان له منعه كسائر املاكه الا اذا لم يكن له قيمة
وفي الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة لكل احد حق الشفة يعني يكون له حق الشرب
وسقي الدابة منها لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء الحديث ولان الانهار
والآبار والحياض لم توضع لاحراز الماء والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا
تكنس في ارض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه
ان يستصحب ما يكفيه الى ان يرجع الى وطنه فيحتاج الى ان ياخذ الماء من الآبار والانهار التي
تكون على طريقه لنفسه ودوابه وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك لحرج حرجا عظيما
وهو مدفوع شرعا ان لم يخف التخريب اي تخريب الانهار والآبار والحياض والقناة
لكثرة المواشي حتى لو خيف التخريب لكثرة المواشي يمنع لان الحق لصاحبها على الخصوص
وانما اثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر صاحبه اذ يتعطل بذلك شفته
او لم يبق الاتيان على جميع الماء قال صاحب الهداية والشفة اذا كانت تأتي على الماء كله بان
كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان
الابل لا ترد في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له
اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه انتهى والاصح اختيار الشيخ
قال صاحب الاختيار وروي انه ورد على ابي حنيفة من خراسان فدفعها الى
ليكتب فيها منها رجل له ماء يجري الى مزارعه فيجيء رجل فيسقي ابله ودوابه منه حتى ينفد
فكتب ليس له ذلك فعرضها على ابي حنيفة فغلطه وقال لصاحب الابل ذلك لقوله صلى الله
عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة الحديث وهو يشمل الشرب والشفة الا ان الشرب خص من
النهر الخاص دفعا للضرر عن اهله وبقي حق الشفة للضرورة اما الشفة الخاصة او لانه
لا يقدر على استصحاب الماء في كل مكان انتهى ولا يسقي ارضه وشجره يعني ليس لكل احد ان يسقي ارضه
او شجره من الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة الا باذن مالكها اضر احدها
ارضه او لم يضر لانه حق خاص له ولا ضرورة في السقي ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب
وان لكل احد الاخذ منها للوضوء وغسل الثياب وسقي شجر وخضر

قال صاحب المغرب

قال صاحب المغرب الخضروات بفتح الخاء لا غير الفواكه كالتفاح والكمثرى وغيرهما والبقول كالكراث
وقد يقال بقاعها الخضر بضم الخاء وفتح الضاد المعجمة وهي في الاصل لون الاخضر فسمي به ولذا
يقول الفقهاء فعلى ما ذكره يكون مبان الخضر بضم الخاء وفتح الضاد جمع خضرة وبجرار
جمع جرة بفتح الجيم والراء المهملة ما يقال له بالفارسية سبوى في الاوضح وقال بعض ائمة بلخ ليس لهم ذلك
الا باذن صاحب النهر والاول اصح لان الناس يتوسعون فيها ويعدون المنع عنها من الدناءة
قال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها قال صاحب القاموس
وما احرز من الماء بحب بضم الحاء المهملة ما يقال له بالفارسية خم وقال صاحب القاموس الحب بضم
الحاء المهملة الجرة او الضخمة منها او كوز ونحوه لا يؤخذ الا برضا صاحبه لانه ملكه بالاحراز
كالصيد اذا اخذه الصائد يكون ملكا له لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
فيعمل فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه في موضع يعز الماء فيه وهو يساوي نصابا لم يقطع
كذا في الهداية واعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى
هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة ههنا الطريق واجيب بان العمل بالحديث
يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم من العمل به ابطال الكتاب
لان الذي نحن فيه تخصيص للشركة في الاشياء المخصوصة بعد ثبوت الشركة عموما في تلك
فلو لم يعمل بخبر الشركة في العموم لم يلزم عدم الاعمال في خصوص الشركة الا ترى
ان عموم قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا لم يورث شبهة في سقوط الحد حتى لو
يجب حد الزنا واورث الشركة الخاصة شبهة في سقوط الحد فانه لو زنى بامة مشتركة
بينه وبين غيره لم يجب الحد وذلك لانا لو عملنا بعموم قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض
يلزم انسداد ابواب الحدود كلها ويبطل العمل بالآيات التي لا تحتمل الا وجها واحدا
من نحو قوله تعالى الزانية والزاني وقوله تعالى والسارق والسارقة وهو لا يصح لان العمل
بخبر الواحد وهو قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات انما يصح ان لو بقي الكتاب
معمولا عند العمل بخبر الواحد والا فلا وههنا لو عملنا بعموم قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا
اهمالا للشبهة الثابتة بالحديث يبطل خاص الكتاب فلا يصح ذلك كذا في النهاية وله ان
يبيعه اي يبيع الماء لانه ملكه بالاحراز فصار كالصيد اذا اخذه واحرزه حيث يصح بيعه فعلم الحاصل
ان المياه ثلاثة انواع الانهار العظام التي لم تدخل في ملك احد والانهار التي هي مملوكة
والحياض والآبار والقناة في حكمها وما صار محرزا في الاواني وقد ذكرنا حكم كل منها بتوفيق الله تعالى
ولو كانت البئر او العين او النهر في ملك احد فله منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه
اذا كان يجد ماء بقربه في ارض مباحة لعدم الضرورة الداعية الى الدخول في ملك الغير
فان لم يجد غيره لزمه ان يخرج الماء اليه او يمكنه من الدخول بشرط ان لا يكسر ضفته لوجود الضرورة
الداعية فان لم يفعل اي لم يخرج الماء ولم يمكنه من الدخول وخيف العطش على نفسه ودابته
قوتل بالسلاح في الانهار المملوكة والآبار والحياض والقناة لانه قصد اتلافه واتلاف دابته
بمنع الشفة وهو حقه لان الماء في هذه الاشياء مباح غير مملوك فكان له ان يقاتل بالسلاح
ولما روي عن عمر رضي الله عنه ان قوما وردوا ماء فسألوا اهله ان يدلوهم على البئر فابوا
فسألوهم ان يعطوهم دلوا فابوا وقالوا ان اعناقنا واعناق مطايانا قد كادت تنقطع فابوا
فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال هلا وضعتم فيهم السلاح وفي المحرز يقاتل بغير سلاح
اذا كان فيه فضل عن حاجته لانه ملكه بالاحراز حتى كان له تضمينه الاناء بان يدفع
فلما منعه خالف الامر فيؤدبه وقال صاحب الكافي وقيل الاولى في البئر ونحوها ان يقاتله
بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشير الى انه يجوز ان يقاتله بسلاح
حيث حمل الاولى ان لا يقاتله فيكون موافقا لما ذكرنا كذا في الزيلعي كما في الطعام حال المخمصة
فانه كالماء المحرز بالاناء في الاباحة والقتال بغير سلاح والضمان بما بينا ولو كان النهر والبئر في حوائط
فليس له ان يمنع صاحب الشفة من الدخول اذا كان لا يكسر المسناة والضفة لان الحوائط كانت مشتركة والعيان

فصل في كري الانهار

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب يحتاج الى مؤنة كري نهر الذي كان الشرب منها وكذا لما كان شرع
مؤنة الكري لزم ذكرها على النهر اذا النهر قد يجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخر ذكره والانهار
ثلاثة ووجه الحصر ان النهر اما ان يكون عاما ان كان عجبه او خاصا كذلك او عاما
اما الاول فكالفرات ودجلة وجيحون وسيحون واما الاخر فلعدهما نهر مملوك دخل ماؤه تحت
القسمة الا انه عام والاخر نهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص قال صاحب النهاية
ويتكلمون في النهر الخاص قال بعضهم ان كان النهر لعشرة فما دونها او عليه قرية واحدة
فهو نهر خاص يستحق به الشفعة وان كان النهر لما فوق العشرة فهو نهر عام وقال بعضهم ان
كان النهر لما دون الاربعين فهو نهر خاص وان كان لاربعين فهو نهر عام واصح ما قيل فيه
انه يفوض الى رأي المجتهد حتى يختار اي الاقاويل شاء كذا في فتاوى قاضي خان انتهى
وكري الانهار العظام من بيت المال لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها
فكانت مؤنة الكري منه ويصرف اليه مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء
والاول للنوائب وان لم يكن فيه اي في بيت المال شيء فعلى العامة لان الامام نصب ناظرا
وفي تركه ضرر عظيم على الناس وهم لا يقومون بانفسهم فيجبرهم الامام عليه وفي مثله قال
عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج للكري من كان يطيقه الذي يطيق
على العمل ويجعل مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم كما يفعل ذلك
في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء
وكري ما هو مملوك على صيغة المبني للمفعول على اربابه لا على اهل الشفة لانهم
ولانهم اتباع ولا على بيت المال لان منفعته تعود الى اربابه على الخصوص والخلوص
ويجبر من ابى منهم على الكري دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص والحالة
يقابله عوض وهو نصيبه من الشرب فلا يعارض به الضرر العام بل يغلب جانب الضرر العام فيجب
السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص ومؤنته اي مؤنة كري النهر المملوك المشترك عليهم
اي على مالكيه من اعلاه واذا جاوز ارض رجل سقطت المؤنة عنه اي عن ذلك الرجل
عند ابي حنيفة لان مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الارض فاذا جاوز الكري ارض رجل
فليس له في كريها بقي منفعة فلا يلزمه شيء من مؤنته وليس له سقي ارضه ما لم يفرغ شركاؤه
عن الكري ايضا لاختصاصه بالانتفاع به دون شركائه وقيل له ذلك اي سقي ارضه
قبل ان يفرغ شركاؤه من الكري لانتهاء الكري في حقه حيث سقط عنه مؤنته
وعندهما هي اي المؤنة عليهم اي على المالكين جميعا من اوله اي من اول النهر الى اخره بحصص الشرب
لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل
وذلك لانه اذا سد فاض الماء على ارضه وفسد زرعه فتبين ان كل واحد منهم ينتفع
بالنهر من اوله الى اخره فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة فاذا استووا في الغنم
وجب الاستواء في الغرم وتصح دعوى الشرب بلا ارض وهذا استحسان والقياس
ان لا تصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول
جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي ان يقضي بالملك في المدعى اذا اثبت
دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون ارض فلا يسمع القاضي الدعوى
والخصومة كالخمر في حق المسلم وجه الاستحسان ان الشرب مرغوب فيه منتفع به وحده
ويمكن ان يملك بغير ارض بالارث والوصية وقد يبيع الارض دون الشرب فيبقى الشرب
فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة
ومن كان له نهر يجري في ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء فليس له ذلك
ويترك على حاله لانه موضع النهر من الارض يدفع النهر مستعمل له
باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله في انه ملكه هـ

فان ابى الشريك

فان لم يكن النهر في يده وعلامة كري النهر في يده كريه وغرس الاشجار في جانبيه
ففي عدم كون النهر في يده عدم كريه وعدم غرس الاشجار في جانبيه او لم يكن
الماء جاريا فيه حين الدعوى فادعى انه اي النهر له وقصد اجراءه لا يسمع بلا بينة
انه اي النهر له او انه كان له حق الاجراء في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها
فيقضي له لاثباته بالحجة ملكا له في الاول وحقا مستحقا فيه في الثاني
وعلى هذا اي على الطريق المذكور في دعوى الشرب دعوى المصب في نهر يعني موضع
صب ما فضل من الماء او المصب على سطح وهو مصب ماء الميزاب والممشى
اي موضع المشي يعني الطريق في دار الغير يعني لو ادعى ان هذا النهر مصب ماء
نهره او مصب ماء ميزاب او ان هذا الموضع من دار الغير موضع مشي لا يسمع
بلا بينة انه له او انه كان له حق الصب او حق المشي فيقضي له به اذا قام
بينة على احد الوجهين المذكورين لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا
يقول الفقير وقع في النسخ التي رأيناها بالواو في الميزاب والممشى
لكن الظاهر او فيهما ايضا كما في الهداية والزيلعي تدبر وان اختصم
جماعة في شرب بينهم يعني اذا كان نهر بين قوم ولهم عليه اراضون
واختصموا في الشرب قسم الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود
بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها
والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته فيتقدر
بقدرها بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون
في ملك رقبة الطريق ولا معتبر في ذلك لسعة الدار وضيقها لان المقصود
منه التطرق وهو لا يختلف بالدار الواسعة والضيقة بل هو فيهما على نمط واحد
لا يقال قد استووا في اثبات اليد على النهر فوجب ان يستووا في الاستحقاق
لانا نقول لما لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع
والظاهر ان الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضي فيتفاوت الاحراز الذي هو في ضمن الانتفاع
فيكون في يد كل واحد منهم بحسب ذلك ويمنع الاعلى منهم من سكر النهر اي من سده
قال صاحب النهاية السكر بالسين المهملة سد النهر بلا رضاهم اي بلا رضى الشركاء وان لم يشرب
ارضه بدونه اي بدون السكر لان في السكر قطع منفعة الماء عن الاسفل فان تراضوا على
ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته واصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز
لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان تمكن من ان يسكر بلوح او باب فليس له ان يسكر
بالطين او التراب لئلا يكبس النهر وفيه اضرار بالشركاء الا ان يتراضوا على ذلك
ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا
ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا ليرتفع الماء الى اراضيهم وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
اهل اسفل النهر امراء على اهل اعلاه حتى يرووا وهذا دليل على انه ليس لاهل الاعلى ان يسكروا النهر
ويحبسوا الماء عن اهل الاسفل لان حقهم جميعا ثابت فلا يكون لبعضهم ان يمنع حق الباقين وفيه ايضا
دليل على انه اذا كان الماء في النهر بحيث لا يجري في ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل
ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا وهذا لان السكر احداث شيء في وسط النهر المشترك
فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا فكانهم امراء على الاعلى
وعليهم طاعتهم في ذلك ومن يلزمك طاعتك فهو اميرك لبيانه في قوله صلى الله عليه وسلم صاحب الدابة
القطوف امير على الركب اي يأمرهم بالانتظار وعليهم طاعته لحق الصحبة وفيه حكاية ابي يوسف
حين ركب مع الخليفة يوما فتقدم الخليفة لجودة دابته فناداه ايها القاضي الحقني فقال يا امير
ان دابتك اذا حركت طارت واذا تركت سارت وان دابتي اذا حركت قطفت واذا تركت
فان النبي صلى الله عليه وسلم قال صاحب الدابة القطوف امير على الركب فامر ان يحمل ابو يوسف على جنيبة له

وليس لواحد منهم اي من الشركاء ان يشق منه اي من النهر المشترك نهرا او ينصب عليه رحى او دالية وهي
جذع كبير طويل يركب تركيب مداق الارز وفي راسه مغرفة كبيرة يستقى بها او قيل هو الدولاب كذا في المغرب
او جسرا اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح والخشب و القنطرة ما يكون متخذا من الاجر والحجر
يكون موضوعا ولا يرفع بلا اذن البقية من الشركاء لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء
الا ان تكون في ملكه ولا يضر بالنهر ولا بمائه فانه يجوز نصبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر فيه على غيره
ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري ولا ان يوسع
فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء ولا ان يقسم بالايام ويقسم
او مناصفة بعد كون القسمة من القديم بالكوى بكسر الكاف جمع كوة بفتحها وقد يضم الكاف
فالجمع كوى كعروة وعرى كذا في المغرب والكوة روزن البيت ثم استعيرت للثقاب التي تثقب في
ليجري الماء فيها الى المزارع او الجداول وهنا لان الاصل ان ما يوجد قديما يترك على حاله ولا يغير
الا ان يتراضوا على الايام او يتراضيا على المناصفة ولا ان يزيد احدهم كوة وان كان لكل
مسماة معدودة في نهر فاراد احدهم ان يزيد كوة ليس له ذلك وان لم يضر بالباقين
لان [illegible] وهنا النهر فيقع في التقاسم والشركة وهنا النهر شركة خاصة فليس لبعض الشركاء ان يزيد
فيما يستوفيه على مقدار حقه سواء اضر ذلك بالشركاء او لم يضر بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم
لان لكل منهم ان يشق منه نهرا ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى ولا ان ينقص بعض كواه
اي كوى النهر دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز لما فيه الضرر بالاخر وصورته نهر بين رجلين
لاحدهما كوى من النهر الاعظم واحد لرجلين ارض في اعلى هذا النهر والاخر ارض في اسفل النهر
فقال صاحب الاعلى اني اريد ان اسد بعض هذه الكوى لان ماء النهر يكثر فيفيض في ارضي وتنز منه ليس له ذلك
ولا ان يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها شرب منه اذا تقادم العهد يستدل به على ان
الشرب وهنا لانه اذا فعل ذلك يخشى ان يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى اذا
تقادم العهد فيستدل بذلك على ان منه شرب الارض الثانية فان رضي البقية ان يفعل
بشيء من ذلك اخذ كونه من النقص والزيادة والقسمة بالايام وغيرها جاز لان الحق لهم ولهم اي للبقية
نقضه بعد الاجازة لان كل واحد منهم بالاجازة كان معيرا لصاحبه ولا يلزم الاعارة فكذا ههنا
وكذا لورثتهم من بعدهم نقضه لانهم خلفاؤهم في ذلك وهنا لانه لا يمكن ان يجعل تراضيا عليه مبادلة
لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة لانه بيع الجنس بالجنس نسيئا اذ بالعقد ليس يوجد في الحال
فتعينت الاعارة وهنا لان القسمة بالكوى قد تمت فليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا
على خلاف ذلك يكون كل واحد منهم معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع هو وورثته ان وقت سنة والا
[illegible] وعلى هذا القياس فيها والشرب يورث ويوصى بالانتفاع به لان الورثة خلفاء الميت فيثبت
في حقوق الميت واملاكه وجاز ان يبقى على ملكه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات
كالدين والقصاص والخمر وكذا الشرب والوصية اخت الميراث فكانت مثله ولا يباع ولا يوهب ولا
ولا يتصدق به حيث لا يجوز للغرر او الجهالة لانه لا يدري ان الماء يجري في الوقت الثاني ام لا او
لعدم الملك في الحال او لانه ليس بمال متقوم حتى لو تلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره
لا يضمن على رواية الاصل ولا يجعل مهرا يعني لو تزوج امراة على شرب بغير ارض فالنكاح جائز
وليس لها من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة فلها مهر مثلها
ولا بدل صلح لانه لا يملك شيء من العقود [illegible] فالصلح عليه باطل وصاحب الدعوى على دعواه
ولا يضمن من ملا ارضه ماء فنزت ارض جاره او صارت ذات نزاز من الماء بالشرب والاجتناب لانه
قد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعل الملاء [illegible] الفاعل فيها فعل في حقه الا انه سبب
والسبب انما يضمن اذا تعدى كما لو حفر بئرا في ارضه لا يضمن ما عطب فيها [illegible]
فالواحد هنا اذا سقى ارضه سقيا معتادا بان سقاها قدر ما يحتمله عادة واما اذا سقاها سقيا لا يحتمله [illegible]
ومن نظائر [illegible] نار في داره فاحترق فيها دار جاره [illegible] مثل العادة لا يضمن وان كان خلاف العادة يضمن
وكان الشيخ الامام اسمعيل [illegible] انه لا يضمن [illegible] المعتاد اذا كان [illegible] بان سقى ارضه نوبته [illegible]

واما اذا سقاها في غير نوبته زيادة على حقه فيضمن لو جرح [illegible] بالسبب كذا في الزيلعي
ولا يضمن من سقى من شرب غيره في رواية الاصل وهو مختار الائمة المعروف بخواهرزاده
وفي رواية اخرى يضمن وهو مختار فخر الاسلام كذا في الكافي

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء
ومن محاسنها بيان حرمتها يعني انها مزيلة للعقل ولا شبهة لاحد في حسن تحريم ما يزيل العقل
خصوصا في حق هذه الامة فان العلماء استنبطوا من كتاب الله تعالى ينابيع الحكم و
كشفوا عن دقائقها غمة الظلم فان قيل ما بال حل الامم السالفة مع احتياجهم الى العقل
قلنا ان الامم الماضية كانت اعمارهم طويلة وابدانهم جسيمة وكانوا يحتملون انه
ولا يتسارع اليهم السكر فكان في الحل صلاحهم من تقوية الابدان مع بقاء العقول
واما هذه الامة فتقصر الاعمار ضعيفة الافكار يتسارع اليهم السكر بشرب شيء منه
فحرم القليل لئلا يدعو شربه الى شرب الكثير فلذلك كان صلاحهم في حرمة الخمر
فان قيل هلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا ابيحت في
ابتداء الاسلام ليعاينوا الفساد في الخمر حتى اذا حرمت عليهم عرفوا الحق بالمعاينة لان الخبر
ليس كالمعاينة روي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يشربونها في بعض الاوقات
فنزل بهم البغضاء والافات حتى تضرع عمر رضي الله عنه بالدعوات ليلحق الخمر بالمحرمات
فاجاب الله تعالى دعاءه واشاع في الخلق بهجته وبهاءه ثم انا نحتاج ههنا الى معرفة
الشراب لغة وشرعا والى معرفة الاصول التي يتخذ منها الاشربة والى معرفة الخمر
ومعرفة ما سواها من الاشربة فالشراب لغة اسم لما يشرب سواء كان حلالا او حراما
واما استعمال اهل الشرع فاسم الشراب يقع على ما حرم منه واما الاصول التي يتخذ منها
الاشربة فالعنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والذرة والدخن
والفواكه كالاجاص والفرصاد والشهد والفانيذ والالبان اما العنب فالمتخذ
منه خمسة الخمر والباذق والمنصف والمثلث والبختج والمتخذ من الزبيب اثنان
نقيع ونبيذ والمتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ والمتخذ من الحبوب
والفواكه وغيرها شيء واحد حكما وان اختلف اسماؤه البتع لنبيذ العسل والجعة
لنبيذ الشعير والمزر لنبيذ الذرة ذكرها الامام قاضيخان والتمر ثاني وغيرها
فينتهي الى احد عشر اسما كذا في النهاية حرم الخمر بالنص وان قلت وهي النيء
والهمزة بدل الياء على وزن النيء خلاف المطبوخ من ماء العنب اذا غلى واشتد والمراد
بالاشتداد كونه صالحا للاسكار وقذف بالزبد بفتحتين ما يعلو بالغليان كذا
شرط عند ابي حنيفة خلافا لهما فان عندهما اذا غلى واشتد صار خمرا ويحرم ولا يشترط
فيه القذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل وهي المؤثرة في ايقاع
العداوة والصد عن الصلاة واما القذف بالزبد فوصف لا تاثير له في احداث صفة السكر
ولان الغليان يراد بالشدة وكمال بقذف الزبد لانه يتميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع
المتعلقة بها قطعية كالحد واكفار مستحلها ونحو ذلك فيناط بالنهاية وقيل يؤخذ
في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفي وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا
ثم انهم قالوا ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا يتوقف الحرمة عليه بخلاف غيرها من الا[شربة]
فان حرمتها متوقفة على السكر ومن الناس من يقول ان السكر ليس بحرام كغيرها من الاشربة لان العلة
وهذا كفر لانه مخالف للكتاب والسنة والاجماع والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين
امنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل انتم منتهون وسبب نزول هذه الاية سؤال عمر رضي
على ما روي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان الخمر مهلكة للمال مذهبة للعقل فادع الله
فجعل يقول اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزل قوله تعالى يسئلونك عن الخمر والميسر
قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما اكبر من نفعهما فامتنع منها بعض الناس وقال بعضهم
نصيب من منافعها وندع المأثم فيها فجعل يقول عمر اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى
لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى فامتنع بعضهم ايضا وقالوا لا خير لنا فيما يمنعنا

العقل
الشرب
شرعية
لا يحصل به
الله تعالى ان يبين لنا
الصلاة

وقال بعضهم بل نصيب منها في غير الصلاة فقال عمر اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل انتم منتهون فقال عمر انتهينا يا رب الرجس
والرجس ما هو محرم العين واما السنة فهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
شارب الخمر كعابد الوثن وقال الخمر ام الخبائث وقال اذا وضع الرجل قدحا من خمر على يده
لعنته ملائكة السموات والارض فان شربها لم تقبل صلوته اربعين ليلة فان داوم عليها
فهو كعابد الوثن واما الاجماع فهو ان الامة اجمعت على تحريمها وكفى باجماع الامة حجة
واما المعقول فلان قليلها يدعو الى كثيرها وهو من خواص الخمر فانه تزداد اللذة باستكثارها
بخلاف سائر المشروبات وفي المبسوط ما من طعام وشراب الا لذته في الابتداء ولا تزيد اللذة
في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها ولهذا تزداد
حرصه على شربها اذا اصاب منها شيئا فكان القليل منها داعيا الى الكثير فيكون محرما
كالكثير الا يرى ان الزنا لما حرم شرعا حرم دواعيه ايضا تحرزا عن الوقوع فيه لانه يكون مستعملها
ويعشق شاربها قال الفاضل الزيلعي وقال بعضهم كل مسكر خمر لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وابو داود والترمذي
وفي رواية كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم ولقوله صلى الله عليه وسلم الخمر
من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وابو داود والترمذي وجماعة اخر
وعن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا
وان من العسل خمرا رواه ابو داود والترمذي وجماعة اخر ولانها سميت خمرا
لمخامرتها العقل وهي توجد في غيرها فكان الجميع خمرا
ولنا ان الخمر حقيقة اسم للنيء من ماء العنب المسكر باتفاق اهل اللغة
وغيره يسمى مثلثا او باذقا الى غير ذلك من الاسماء وتسمية غيرها خمرا مجاز
وعليه يحمل الحديث او على بيان الحكم ان ثبت لانه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الحكم
لا لبيان الحقائق ولا نسلم انها سميت خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها وهو تغير الريح
ولئن سلمنا انها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لكن لا يلزم منه ان يسمى غيرها بالخمر
قياسا عليها لان القياس لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو لتعدية الحكم الشرعي
على ما عرف في موضعه الا يرى ان البرج يسمى برجا لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم يسمى نجما
لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا ونجما وكذا يقال للفرس الذي يخالطه بياض وسواد ابلق
وكذا يقال للقارورة قارورة لقرار الماء فيه ولكن لا يطلق القارورة على الدن والكوز مع انه يقر الماء فيهما
ويحرم الطلاء بكسر الطاء وتخفيف اللام ومد الالف وهو ما طبخ من ماء العنب
فذهب اقل من ثلثيه كذا في الهداية والكافي وقال الفاضل الزيلعي في المحيط
الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
وهو الصواب لما روي ان كبار الصحابة كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب
ثلثاه وبقي ثلثه قال الفاضل الواني في تعليقاته على الدرر فيكون النزاع في اطلاق
لفظ الطلاء فان البعض اطلقه على المحرم والآخرون على المباح وانما يسمى طلاء
لقول عمر رضي الله عنه ما اشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير اذا كان به جرب وهو ما
يشبه فان طبخ وذهب نصفه يسمى منصفا وان طبخ ادنى طبخ يسمى باذقا قال
صاحب المغرب الباذق عصير العنب اذا طبخ ادنى طبخة فصار شديدا
وفي حديث ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عنه فقال سبق محمد الباذق وما اسكر
فهو حرام يعني سبق حكم محمد صلى الله عليه وسلم بتحريم الباذق وهو قوله ما اسكر
فهو حرام قال الفراء معناه انه كلمة فارسية عربت فلم يعرفها النبي صلى الله عليه وسلم
او انها شيء لم يكن في ايامه وانما حدث بعده ضعيف انتهى ما في المغرب

وكل من الطلاء والمنصف والباذق حرام اذا غلا واشتد وقال الاوزاعي مباح
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه رقيق
مطرب يدعو قليله الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد والتعلق
كالخمر بخلاف المثلث فانه ثخين وليس برقيق فلا يدعو قليله الى كثيره ويحرم
السكر قال صاحب المغرب السكر بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد وهو النيء من ماء
الرطب انما قال من ماء الرطب لان المتخذ من التمر يسمى نبيذ التمر لا السكر وهو حرام على قول الجمهور وقال شريك
ابيح وابو يوسف على ما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى اذا غلا واشتد وقذف بالزبد
وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان غلا واشتد وقذف بالزبد لقوله تعالى
تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم
ولنا اجماع الصحابة ويدل عليه ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين
والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة
وقيل اراد به التوبيخ والله تعالى اعلم معناه وتتخذون منه سكرا وتدعون رزقا
ويحرم نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب اذا غلا واشتد لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد غد الى مساء الثالث ثم يأمر به
فيسقى الخدم او يهراق رواه مسلم وفي رواية فان بقي شيء اهراقه او امر به فاهريق ويأتي فيه خلاف الاوزاعي
واشتراط قذف الزبد فيهن اي في النقيع والسكر والطلاء على ما في الخمر من الخلاف
الواقع بين الامام وصاحبيه والكل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع
حرام ذكر مع تثنية ما ذكر توطئة لقوله وحرمتها اي حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر
فنجاسة الخمر غليظة رواية واحدة لثبوت نجاستها بالدليل القطعي حتى يمنع مقدار الدرهم
منها جواز الصلاة ونجاسة هذه الاشياء تختلف في غلظها وخفتها يعني في رواية
غليظة وفي رواية خفيفة ولا يكفر مستحلها بخلاف مستحل الخمر لان حرمتها قطعية دون حرمة هذه لا
لان حرمتها اجتهادية ويحد بشرب قطرة من الخمر وان لم يسكر لان حرمتها قطعية
بخلاف هذه الاشياء فانه لا يجب الحد بقليلها ما لم يسكر لان حرمتها بعض من الاخبار
ويضمن متلفها اي متلف هذه الاشياء عند ابي حنيفة خلافا لهما لانها حرام كالخمر
ولابي حنيفة ان كل واحد منها مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها وفي الخمر
عدم جواز البيع وعدم الضمان اجماعا اما عدم جواز بيعها فلقوله صلى الله عليه وسلم
ان الذي حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم ولغيره واما عدم الضمان فلسقوط تقومها
في حق المسلم لان الله تعالى لما حرمها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها ولو طبخت
الخمر او غيرها من الاشربة المحرمة بعد الاشتداد لا تحل وان ذهب الثلثان لان الطبخ للمنع
من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها فلا يرتفع بالطبخ لكن قيل لا يحد ما لم يسكر
لان الحد المبني خاصة فلا يتعدى الى المطبوخ ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى
طبخة وان اشتد ما لم يسكر لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا
يشربون النبيذ نقل في النهاية اكثر الصحابة ومشاهيرهم قولا وفعلا حتى قال ابو حنيفة
انه يجب اعتقاد حله لئلا يؤدي الى تفسيق الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين
وقال صاحب الاختيار هنا اذا قصد به التقوي وان قصد به التلهي فحرام وعن محمد
انه حرام مطلقا وعنه التوقف فيه وكذا نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير
والذرة والخليطين طبخت اولا اذا لم يشرب للهو والطرب لقوله صلى الله عليه وسلم
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة حيث خص التحريم بهما
والمراد بيان الحكم فيكون ما وراءهما مباحا قال صاحب الهداية ولا بأس بالخليطين
لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي
الى اهلي فغدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة و

زبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه

وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والر
والبسر فمحمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء قال صاحب الكفاية يعني هو محمول
على انه كان في الابتداء في وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة وقحط فكره للاغنياء ان يجمع
بين الطعامين ويأكلهما ويترك جاره جائعا بل احب ان يأكل احدهما ويؤثر بالآخر
على جاره حتى لا يشبع هو وجاره جائع ثم لما وسع الله تعالى على المسلمين اباح الجمع
بينهما ثم قال الأخرى وعلى هذا يقول ان المتخذ من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار
مسكرا لان الذي سقاه ابن عمر كان مشتدا او مسكرا انتهى وقال صاحب الكافي
وابن عمر رضي الله عنهما كان موصوفا بالزهد والفقه بين الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
فلا يظن به انه كان يسقي جزءه ما لا يشربه او يشرب ما كان حراما وهذا يفيد ان المتخذ
من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار مسكرا لان الذي سقاه كان مشتدا او مسكرا
الا ترى الى قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة
نقيع الزبيب وهو النيء منه انتهى يقول الفقير الى المص بقوله طبخ اولا بعد قوله
والخليطين لكن المنصوص في الكتب المتداولة ان لا اشتراط في الطبخ وهو
مخصوص من نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة ويشترط في حل الخليطين
الطبخ بادنى طبخة لان نقيع الزبيب وهو النيء منه حرام على ما نقلناه من الهداية
وفسر صاحب الكفاية الخليطين بان يقول وهو ان يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب
ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد انتهى وقال صدر الشريعة وهو
ان يجمع بين ماء التمر والزبيب ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد بلا لهو
وكذا صاحب العناية وصاحب النهاية قالوا الخليطان ماء التمر والزبيب
اذا خلطا وطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد وكذا
صاحب الدرر نبيذ نقيع ثم انه يقول الفقير فعلم مما ذكروا ان المقصود
في الخليطين ان السكر منه حلال لكن بينه وبين قوله صلى الله عليه وسلم
حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب منافاة يلزم التأمل في التطبيق
الى ما ذكرنا اشارة في كلام صاحب التسهيل مدة ان شئت فراجعه
وكذا يحل المثلث وهو عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وان اشتد
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام لقوله صلى الله عليه وسلم
كل مسكر حرام وقوله صلى الله عليه وسلم ما اسكر كثيره فقليله حرام
ويروى ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل
فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر
لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب
خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف يقتضي المغايرة ولان المفسد هو
القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو
لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو
وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت لطعن يحيى بن معين
فيه ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وكذا الحديثان
الأخيران محمولان على القدح الاخير
وفي الحد بالسكر منها اي المثلث ونبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة والخليطين
روايتان والصحيح وجوبه اي وجوب الحد لان الفساق يجتمعون عليها
في زماننا كاجتماعهم على سائر الاشربة المحرمة بل فوق ذلك
وهذا لان السكر حصل يستلزم المفاسد فيجب عليهم الحد
قطعا لمادة الفساد او تقليلا لها والحد انما شرع لذلك

ووقوع

ووقوع طلاق من سكر منها اي من هذه الاشياء تابع للحرمة فمن قال
انها حرام يقع طلاق من سكر منها زجرا له عن شربها ومن قال انها حلال يقول لا يقع
طلاق من سكر منها لانه يكون بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك
والكل حرام عند محمد فيقع طلاق من سكر منها وبه يفتى لان بقول محمد يفتى
لفساد الزمان والخلاف بينه وبين الشيخين انما هو عند قصد التقوي
بشربها اما عند قصدها للتلهي فحرام كلها اجماعا سئل ابو حفص الكبير
عن المثلث فقال لا يحل شربه فقيل له خالفت اباح وابا يوسف فقال لا
لانهما يحلان للاستمراء والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي فعلم منه
ان الخلاف فيما اذا قصد به التقوي لا التلهي فلا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما
وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف وخل الخمر حلال ولو خللت بعلاج
او تخللت هي بنفسها وقال الشافعي ان خللت بالقاء شيء فيها كالملح
والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيها بل بالنقل من
الظل الى الشمس او ايقاد النار بالقرب منها فله فيه قولان وله ما روي
عن انس رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا
رواه مسلم واحمد وابو داود والترمذي وصححه وعن انس ان ابا طلحة سأل
النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا نجعلها
خلا قال لا رواه احمد وابو داود ولانا امرنا باجتناب الخمر وفي التخليل
اقتراب منها على وجه التمول فلا يجوز لانه يضاد النهي ولان ما يلقى في الخمر
يتنجس باول الملاقاة وهو نظير قتل المورث فانه يحرم من الارث بمباشرة الحرام
وان مات بنفسه ورث وكذا صيد الحرم لا يحل له اذا اخرجه من الحرم يجب
عليه رده الى الحرم وان خرج بنفسه حل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل
مطلق فيتناول جميع الصور ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات
صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح
مباح كالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة واعدام الافساد
بالتخليل اولى منه بالاراقة لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الحال فيختار من ابتلي
والنهي عنه بما روي ان يستعمل الخمر استعمال الخل بان ينتفع بها انتفاعه بالخل
كالائتدام وغيره وهو نظير ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تخليل الحرام وتحريم الحلال
وان يتخذ الدواب كراسي والمراد الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا احبارهم
ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط
فقال صلى الله عليه وسلم اليس كانوا يأمرون وينهون فتطيعونهم قال نعم
فقال هو ذاك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال او نقول ليس فيما روي دلالة
على ان الخمر لا تطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك اصلا وانما يوجب حرمة الفعل وهو
التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد التخليل الا ترى انا نهينا عن
التوضي بماء مملوك للغير بدون رضاه وعن الاستنجاء باشياء كثيرة
ثم اذا فعل ذلك يفيد حكمه مع حرمته وتنجس الشيء الملقى فيها بالنجاسة
فاذا صارت هي خلا طهرت باستحالة فلم يبق مجاورا للنجاسة الا ترى ان
ظرفها طاهر لان تنجسه بنجاستها فاذا طهر بالتخليل جميع اجزائها لم يبق
التنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو اتلاف لصفة الخمرية
ولا كذلك اخراج صيد الحرم وقتل المورث فافترقا واذا صار الخمر خلا
يطهر ما يوازيها من الاناء واما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر
لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر فان لم يغسل لكن ملأ الخل حتى ملى من العصير

معلقا

ذلك

ولا بأس بالانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهي جرار خضر او حمر يحمل فيها الخمر
الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير
والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن زيارة
القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا ونهيتكم عن
لحم الاضاحي ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوها ما بدا لكم
وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم ونهيتكم عن النبيذ
في الدباء والحنتم والمزفت والنقير فاشربوا في كل ظرف فان الظرف
لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا وفي الحديث دليل على جواز
نسخ السنة بالسنة ثم انه ان انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر
فلا اشكال في حله وعدمه طهارة وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر
فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب
الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة
وهي مسئلة الغسل لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى
حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا او طعما فحينئذ حكم بطهارته
ويكره شرب دردي الخمر قال صاحب القاموس دردي الزيت وغيره ما يبقى
في اسفله لان فيه اجزاء الخمر فكان حراما نجسا ويكره الامتشاط به اي
بدردي الخمر وهو استعمال المشط بالدردي وانما خصه بالذكر من بين الانتفاع
لان له تاثيرا في تحسين الشعر ولا يحد شاربه اي شارب دردي الخمر بلا سكر
وقال الشافعي يحد شاربه وان لم يسكر لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر
وفي الدردي قطرات منها ولنا ان وجوب الحد للزجر والزجر شرع فيما يميل
الطباع اليه ولا يميل الطباع الى شرب دردي الخمر بل يعافه وينفر منه
فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر
بخلاف الخمر لان النفس يميل اليها وقليلها يدعو الى الكثير ولا كذلك الدردي
ولا يجوز الانتفاع بالخمر لانه الانتفاع بالنجس حرام ولانها واجبة الاجتناب وفي
الانتفاع بها الاقتراب ولا يجوز ان يداوى به جرح بضم الجيم لان المداواة بها انتفاع
ولا يجوز ان يداوى بها دبر الدابة لانه نوع انتفاع ايضا والدبر بالتحريك قرحة الدابة
كذا في القاموس ولا تسقى ادميا ولو كان الادمي صبيا للتداوي لان الله تعالى
لم يجعل في رجس شفاء والوبال على من سقاها ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها
في الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب
وذكر في النهاية ان الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم ان فيه شفاء
وليس له دواء اخر غيره وعزاه الى النهاية ولا تسقى الدواب مطلقا
وقيل ان اريد سقي الدواب لا يحمل الخمر اليها الى الدواب فان قيدت
مجهول قاد الى الخمر فلا باس به ان في الفتح والحاصل انه قال بعض المشايخ
لو نقل الدابة الى الخمر لا باس به ولو نقل الخمر الى الدابة يكره
كما في الكلب مع الميتة يعني يكره نقل الميتة الى الكلب ولو نقل الكلب
الى الميتة بالاقتراب لا باس به ولا باس بالقاء الدردي في الخل لانه يصير خلا
لكن يحمل الخل اليه دون عكسه والسبب في جميع ذلك
انه لو نقل الميتة الى الكلب كان اقترابا من الميتة وهو مكروه وكذلك
حمل الدردي الى الخل كان اقترابا من الخمر بخلاف العكس وكذا حمل الخمر
الى الدواب يكون اقترابا من الخمر بخلاف العكس وكذا قيل
الفارة لا تحمل الى الهرة ولكن الهرة تحمل الى الفارة لهذا المعنى بعينه

كتاب الصيد

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة اما من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد قد يصير من اسباب التلهي
والاشربة حرام والصيد مكروه فقدم الحرام على المكروه لقوة الحرام وضعف المكروه واما
من حيث ان كل واحد منهما يورث السرور لكن السرور في الاشربة انما يحصل بدخول شيء
والسرور في الصيد بشيء خارجي فكان الداخلي اكثر لصوقا بالادمي من الخارجي فقدم ما هو
اكثر لصوقا بالادمي على الذي هو اقل لصوقا واما محاسن الصيد فان من المكاسب
ولان فيه تحقيق منة الله تعالى بقوله خلق لكم ما في الارض جميعا وسببه النشاط
الداعي الى الاصطياد وركنه صدور فعل الاصطياد من اهله في محله بشرطه وحكمه
ثبوت الملك عند اتصال الاخذ حقيقة او تقديرا والمراد منه ما اذا اخرج عن حيز الامتناع
كذا في النهاية ثم اعلم ان الاصطياد مباح بالكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى
واذا حللتم فاصطادوا وادنى درجات صيغة الامر الاباحة وقال الله تعالى احل لكم صيد البحر
واما السنة فلقوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه فهذا بيان ان الاصطياد
مباح مشروع لان الملك مشروع فسببه يكون مشروعا والصيد حلال وحرام
لان الصائد اما ان يكون محرما او لا فان كان محرما فهو حرام وان لم يكن فاما ان
اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد في الحرم فكذلك يكون حراما والا فهو حلال وله
خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وخمسة في الكلب وخمسة في الصيد
كذا في النهاية نقلا عن الخلاصة وفي العناية مثل ما قال ان شئت فراجعه
هو اي الصيد في اللغة الاصطياد وقد يسمى الصيد صيدا تسمية للمفعول باسم المصدر
فيجمع على صيود وانما فسره بالمعنى المصدري ليصح حمل الجواز عليه بقوله
وهو اي الاصطياد جائز بالجوارح المعلمة من الكلب والفهد والبازي والشاهين
والباشق والعقاب والصقر ونحوها ولم يذكر من جملتها الاسد والدب
لانه لا يجوز الاصطياد بهما اما عدم جوازه بالاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما
الاسد لعلو همته والدب لخساسته او لعدم تصور تعلمهما لان التعلم يعرف
بترك الاكل وهما لا ياكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعلم
وكذلك الذئب حتى لو تصور التعليم والتعلم فيهما وعرف جاز كذا في النهاية
والحق بعضهم الحداة بهما لخساستها واما عدم جوازه بالخنزير فلانه نجس العين فلا يجوز
والاصل في ذلك قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم
الله اي احل لكم صيد ما علمتم من الجوارح وفي معنى الجوارح قولان احدهما ان يكون جارحة
حقيقة بنابه او مخلبه فيكون من الجرح بمعنى الجراحة والثاني الكواسب كقوله تعالى ويعلم
ما جرحتم بالنهار اي كسبتم فيمكن حملها عليهما والمكلب معلم الكلاب ومؤدبها ثم عم لكل من ادب جارحة
بهيمة كانت او طائرا فمعنى قوله مكلبين اي معلمين اياها الصيد تعلمونهن [illegible]
لطلب الصيد واخذه وهو حال ثانية او استيناف ومعنى قوله مما علمكم الله اي من علم التكليب
والتعليم كذا في الكافي ثم انه لا بد من كونها معلمة بما تلونا من النص حيث نطق باشتراط
وبالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لثعلبة ما صدت بكلبك المعلم وذكرت اسم الله
عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فادركت ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم
ولا بد من الارسال لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك
وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل والمحدد من سهم او غيره لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا رميت بسهمك وذكرت اسم الله فكل وغيره في حكمه لما يؤكل لحمه اي يجوز اصطياد ما
ويجوز اصطياد ما لا يؤكل لحمه لجلده وشعره وريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع
وقد قال الله تعالى واذا حللتم فاصطادوا مطلقا من غير تقييد بالماكول ذا الصيد يختص بالماكول

ولا بد فيه اي في الصيد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح
في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الجرح الى الصائد باستعمال الآلة
وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما اشير الى اشتراط الجرح اذ الجارح من الجرح بمعنى
الجراحة على احد التاويلين على ما ذكرناهما آنفا وعن ابي يوسف انه لا يشترط الجرح
رجوعا الى التاويل الآخر وعملا باطلاق قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم وكذا باطلاق ما رويناه
من حديث ثعلبة وعدي ولا بد فيه من كون المرسل اي مرسل الجوارح او الرامي السهم
مسلما او كتابيا على ما ذكرنا في الذبائح وان لا يترك التسمية عمدا عند الارسال
او الرمي لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم وثعلبة وقيد بقوله عمدا
لانه اذا نسي التسمية عند الارسال او الرمي فلا باس باكله وقد ذكرنا في الذبائح
ولا بد فيه من كون الصيد ممتنعا متوحشا لان الصيد اسم للممتنع المتوحش
ولان الجرح انما يجعل ذكاة ضرورة العجز عن الذكاة الاختيارية والعجز انما
يكون في الممتنع المتوحش حتى لو رمى ظبيا مربوطا وهو يظن انه صيد فاصاب
ظبيا آخر لم يؤكل لان بالربط لم يبق صيدا ولو رمى بعيرا نادا فاصاب صيدا
آخر اكل لانه لما ند صار صيدا كذا في الاختيار
ولا بد ان لا يقعد المرسل او الرامي عن طلبه بعد التواري عن بصره لاحتمال الموت
بسبب آخر من جهته فلا يحل اذ الموهوم كالمحقق الا انه سقط اعتباره
اذا لم يقعد عن طلبه لانه لا يمكن الاحتراز عنه وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كره اكل الصيد اذا غاب عن بصر الرامي وقال لعل هوام الارض
قتلته وهو حجة على مالك في قوله انه ما توارى عنه اذا لم يبت يحل واذا بات
لا يحل وقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت
محمول على ما اذا توارى عنه وقعد عن طلبه والاصماء ان يرميه فيموت بين يديه والانماء
ان يتوارى عنه ثم يموت كذا في الكافي ولا بد ان لا يشارك المعلم غير المعلم فيه الا
لانه اجتمع المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصا لقوله صلى الله عليه وسلم
ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال او احتياطا لان الحرام
واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك او لا يشاركه
المعلم مرسل اسم مفعول مضافا الى من لا يحل ارساله ككلب المجوسي
وكلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا لما ذكرنا آنفا من اجتماع المبيح والمحرم
وان لا يطول وقفته اي وقفة المعلم بعد الارسال لانه ان طالت وقفته بعده لم يكن
الاصطياد مضافا الى الارسال لغيره الا كمن للصيد كما هو عادة الفهد
في الاصطياد فلا ينقطع به فور الارسال فكيف ينقطع وهو في ذلك في الزمان الخصال
الحميدة قال الحلواني للفهد خصال حميدة فينبغي لكل عاقل ان ياخذ تلك الخصال
منها انه يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يجاهر عدوه بالخلاف
ولكن يترصد الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو
خلف صاحبه ولا يطيعه حتى يركبه خلفه كانه يقول صاحبي هو المحتاج الي
فلا اذل نفسي وهكذا ينبغي لكل عاقل ان لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها انه
لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل الصيد فيتعلم بذلك
وهكذا ينبغي لكل عاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره والشقي من اتعظ به غيره
ومنها انه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي
ان لا يتناول الا الطيب ومنها يثب ثلاثا او خمسا فاذا لم يتمكن من اخذه تركه ويقول
لا اقتل نفسي فيما اعمل لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل ثم ان الكلب اذا اصابه لا
لا ينقطع الارسال الا بمثل ما في الفهد كذا في الزيلعي وسيجيء في المتن ان شاء الله تعالى

ويجوز الاصطياد

ويجوز الاصطياد بكل جارح علم من ذي ناب او مخلب وقد بينا وجهه ومما استثني منه بالتعريف
ويثبت التعلم اي تعلم كل جارح بغالب الرأي وبالرجوع الى اهل الخبرة ولا يقدر بشيء عند ابي حنيفة
لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هاهنا فيفوض الى رأي المبتلى به واخبار اهل الخبرة
كما هو دابه في مثل تحسب الغريم والنجاسة المخففة وما يمنع من الصلاة والاعمال المعدة للصلاة
وعندهما وهو رواية عن الامام يثبت التعلم في ذي الناب بترك الاكل ثلاثا
لان ما دونه مزيد الاحتمال للتعلم ترك الاكل مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه
وانما قدر بالثلاث لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار
وفي بعض قصص الاخيار الاثر به فان صاحب موسى عليهما الصلاة والسلام بلا باس في المرة
الثالثة هذا فراق بيني وبينك ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها ثم اذا ترك الاكل ثلاثا لا يحل الاول
على قولهما قبل الثلاث وهو ظاهر وكذا الثالث عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام
وقبله غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى
بعلم المولى وهو ساكت فانه يصير ماذونا له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى لو كان
للمولى ان ينقضه ان شاء وعند ابي حنيفة على الرواية الاولى يحل لان تركه عند الثالث
فصار هذا صيد كلب عالم لانا انما حكمنا بكونه عالما بطريق ان امساكه على صاحبه
قد تعين وتحقق وكونه محرم وقد اخذ بعض المشايخ بخلاف ما استشهدا به
لان بيع العبد مال المولى لا يجوز ولو كان ماذونا في التجارة حتى لو اشترى والمولى يراه
صار ماذونا له وجاز شراؤه ولزمه ويثبت التعلم في ذي المخلب بالاجابة اذا دعي بعد
الارسال روي ذلك عن ابن عباس رض ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى
يترك الاكل وبدن ذي المخلب لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفي
مما يدل على التعليم ولان آية التعلم ترك ما هو مالوف عادة وعادة البازي التوحش
والتنفر وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لالفه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما
ما الفه دل على تعلمه قال الزيلعي وهذا الفرق لا يتاتى الا في الكلب خاصة لانه
هو المالوف دون غيره من ذوات الانياب فانها ليست بالوف والفرق الاول
يتاتى في الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فامكن تعليمه بالضرب الى ان يترك
الاكل ولم يتعرض في المعتبرات ان ذا المخلب بكم اجابة يصير معلما فينبغي ان يكون
على الاختلاف الذي في الكلب ولو قيل يصير معلما باجابة واحدة كان له
لان الخوف ينفره بخلاف الكلب كذا في الزيلعي ويثبت التعلم في الفهد ونحوه
بترك الاكل والاجابة اذا دعاه لان الفهد ونحوه يحتمل الضرب وعادته الافتراس والنفور
فيشترط فيه الامران الاكل والاجابة جميعا كذا في الاختيار فلو اكل منه اي
البازي المعلم اكل الصيد لا ان اكل منه اي من الصيد الكلب والفهد
وقال مالك والشافعي في القديم يؤكل وان اكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمرو
ان ابا ثعلبة قال يا رسول الله ان لي كلابا مكلبة فافتني في صيدها فقال ان كان لك كلاب
فكل مما امسكن عليك الحديث الى ان قال النبي صلى الله عليه وسلم وان اكل منه قال عليه السلام وان
ولان فعل الكلب انما صار ذكوة لتعلمه والاكل لا يعدم جاهلا فصار كالبازي ولنا ما روينا
وقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقوله صلى الله عليه وسلم لابي ثعلبة اذا ارسلت كلبك
المعلم وذكرت اسم الله فكل مما امسك عليك الا ان ياكل الكلب فلا تاكل فاني اخاف ان يكون
انما امسك على نفسه رواه البخاري ومسلم ولعدي وعن ابي رهم عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك فاكل من الصيد فلا تاكل فانما امسك على نفسه
واذا ارسلته فقتل ولم ياكل فكل فانما امسك على صاحبه رواه احمد ومرويهما غريب
ولئن صح فالمحرم اولى ظاهر ما عرف في موضعه والفرق بين البازي والكلب ما بيناه من ان البازي

فان اكل منه والناب من الصيد او تركه ذو المخلب الاجابة بعد الحكم بتعلم حرم ما صاده حتى يتعلم لان اكله وتركه الاجابة علامة جهله فلا يحل الصيد الذي اكل منه والصيد الذي ترك الاجابة فيه وكذا ما صاده قبله اي قبل الاكل وقبل ترك الاجابة وبقي في ملكه عند ابي حنيفة خلافا لهما فانهما قالا لا يحرم الا الذي اكل منه والذي ترك الاجابة فيه لانا حكمنا بحل صيده قبل ذلك بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ولابي حنيفة ان بالاكل علمنا جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان حصول المقصود بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولهذا قال وبقي في ملكه لانه اذا بقي في ملكه صار تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود واذا لم يبق في ملكه يصير تبدل الاجتهاد بعد حصول المقصود وهو لا يعتبر كتبدل اجتهاد القاضي بعد القضاء

فان شرب الكلب من دمه اي من دم الصيد ولم ياكل لحمه او نهسه قال صاحب المغرب في باب السين المهملة وفصل النون نهس اللحم كمنع اخذه بمقدم اسنانه ونتفه صاحب المغرب نهس الكلب عضه بان قبض على لحمه ومده بالفم قال في خزانة الفقه بالشين المعجمة فقطع منه اي من الصيد بضعة اي قطعة من اللحم وزاد في الهداية البضعة واتبعه اي اتبع الكلب الصيد بعد النهس والقطع والرمي فاخذه وقتله ولم ياكل منه اكل وان اكل الكلب تلك البضعة بعد صيده اما اذا شرب من دمه فلانه ممسك على صاحبه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح واما اذا نهسه فلانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة يعني بعد احرازه صاحبه فانه اكل ما ابان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى وكذا يوكل لو اكل ما اطعمه صاحبه من الصيد او اكل هو اي الكلب بنفسه منه اي من الصيد بعد احراز صاحبه اما انه اكل ما اطعمه صاحبه فلانه امسكه على صاحبه وسلمه اليه واكل بعد ذلك مما القى صاحبه وهو عادة الصائدين فصار كما اذا القي اليه بعد الصيد طعاما اخر واما اذا اكل هو بنفسه منه فلانه لم ياكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لبقاء الصيد به فيه بخلاف ما اذا لو نهس الصيد وقطع منه بضعة واكل القطعة قبل اخذ الصيد فانه لا يوكل لانه اكل في حالة الاصطياد فتبين انه جاهل امسك على نفسه ولان نهس البضعة قد يا كلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بالقطع منه فيتمكن من اخذه فان اكلها قبل الاخذ يكون دليلا على الوجه الاول وان اكلها بعد يكون دليلا على الوجه الثاني وان خنقه اي خنق الكلب الصيد ولم يجرحه لا يوكل لما بينا عند قوله ولا بد فيه من الجرح وقد ذكر اختلاف الرواية فيه هناك وكذا لا يوكل ان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب متروك التسمية عمدا وقد ذكرنا الوجه فيما تقدم فلا نعيد يقول الفقير قد سبق هذه فيما تقدم الا انه ذكرناه هنا ثانيا لتكون توطئة الى قوله وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسي انزجر قال صاحب المغرب يقال زجر الراعي الغنم صاح بها فانزجرت وهذا يصح مجوسي فيزجر الكلب اي ينادي او يهيج ويمضي الى الصيد انتهى فانزجر اي هاج ومضى الى الصيد من زجره حل وبالعكس اي ان ارسل مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم لان الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا ينسخ به الارسال لان الشيء لا يرتفع الا بمثله او بما هو فوقه ولا يرتفع بما هو دونه كنسخ الاي فلم يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسي في الوجه الاول ولا ارسال المجوسي بزجر المسلم في الثاني فيبقى كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير بالزجر وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عمدا في هذا بمنزلة المجوسي حتى لو ارسل صيدا وسمى ثم زجره المرتد او المحرم او تارك التسمية عمدا يوكل وبعكسه لا يوكل ولو زجر المحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء او وجب بارسال الجزاء في المحرم بكلا ثم النظر فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه في هذه الدلالة فتجب بالزجر بالطريق الاولى كذا في العناية

وان لم يرسله اي الكلب احد فزجره مسلم او غيره فالعبرة للزاجر يعني ان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله والقياس ان لا يحل لان زجره ليس بارسال وجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال وان لم يرسله احد فزجره مجوسي فاخذ الصيد لا يجوز اكله وان ارسله ولم يسم وقت الارسال عمدا ثم زجره وسمى فالعبرة لحال الارسال يعني لا يوكل اذا لم يسم وقت الارسال ولا عبرة بالتسمية وقت الزجر وان ارسله على صيد فاخذ غيره اي غير الصيد حل ما دام على سننه ارساله لان المقصود حصول الصيد فيكتفي فيه بالارسال الاول ما دام لم يعدل عن سننه ولو عدل عن الصيد يمنة ويسرة وتشاغل في غير طلب الصيد وترك سننه ثم اتبع صيدا فاخذه لم يوكل لانه غير مرسل اليه والارسال شرط وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت الصيود كلها لان المقصود حصول الصيد والذبح بالارسال وهو فعل واحد فيكتفي فيه بتسمية واحدة بخلاف ما اذا ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الشاة تصير مذبوحة بفعل اخر فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى وذبحهما مرة واحدة اجزأت تسمية واحدة وان ارسل الفهد فكمن حتى استمكن من الصيد فوثب عليه ثم اخذه حل لان ذلك منه عادة على ما مر وكذا الكلب اذا اعتاد ذلك لان الكمون فيه حيلة بمنزلة الفهد على ما مر انفا ولو ارسله على صيد فقتله ثم اخذ اخر اكلا لان الارسال قائم لم ينقطع كما لو رمى صيدا فاصاب اثنين ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا ثم مر به صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه بخلاف ما تقدم واذا رمى سهما وسمى اكل ما اصاب ان جرحه السهم لانه يكون ذابحا بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة لما انه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل الا ان تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله ام سهمك وان تركها اي التسمية عمدا حرم لاشتراط التسمية وان وقع السهم به فتحامل الصيد به اي تكلف في المشي حاملا للسهم وغاب ولم يقعد الرامي عن طلبه ثم وجده ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه يظهر لموته سببان احدهما موجب للحل والاخر موجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة مع ان الموهم في مثل هذا كالمتحقق ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده ميتا لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم كره اكل الصيد اذا غاب عن بصر الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته وقد ذكرناه فيما تقدم مفصلا والحكم فيما جرحه الكلب كالحكم فيما جرحه السهم في جميع ما ذكر وان رماه فوقع في ماء فمات فيه او وقع على سطح او على جبل او شجر او حائط او اجرة واحد اجر على حد ثم تردى منه الى الارض فمات حرم لانه المتردية وهي حرام بالنص لانه تعالى ذكرها في جملة المحرمات ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط يؤيد ذلك ما روينا انفا من قوله لعدي بن حاتم وكذا يحرم لو وقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او حرف اي طرف اجرة فجرح بها فمات لاحتمال ان حدة هذه الاشياء قتلته وان وقع على الارض ابتداء حل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فاعتباره لا يؤدي الى الحرج وكذا يحل لو وقع على صخرة او اجرة فاستقر عليه ولم يتردد منه ولم ينجرح حل لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء فلا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يوكل لاحتمال موته بهذا السبب وهنا في الهداية وشروحها كلام ان شئت فراجعها وان وقع الصيد في الماء فمات فيه حرم لاحتمال ان الماء قتله على ما مر في حديث عدي بن حاتم يقول الفقير هنا كلام لما سبق من غير فائدة بينته انها

اللهم الا ان يناله ذكرها عقيباً لقوله وان كان الطير ماشياً فوقع
فيه اي في الماء فان انغمس جرحه بضم الجيم فيه اي في الماء حرم لاحتمال الموت به
دون الرمي لانه تشرب الجرح الماء بسبب لزيادة الالم والا اي وان لم ينغمس جرحه
في الماء حل لتيقن الموت بالرمي لعدم ضرر الماء نهاية وبحرم ما قتله المعراض
وهو السهم الذي يكون بلا ريش سمي به لانه من شانه ان يصيب الشي بعرضه
بعرضه لقوله صلى الله عليه وسلم فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه
فلا تاكل ولانه لابد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة او البندقة معطوف
على المعراض اي يحرم ما قتله البندقة وهي طينة مدورة يرمى بها لان البندقة تدق
وتكسر ولا تجرح فصارا كالمعراض ولم يجرحه قيد للمعراض والبندقة كليهما
وان اصابه اي ان اصاب الرامي الصيد بحجر اي بان رماه بحجر في حلقه حدة وجرحه
بحده وهو بكسر الحاء بمعنى الحدة كذا في ابن ملك شرح مجمع البحرين والظاء
بفتح الحاء بمعنى طرفه فان كان الحجر ثقيلا لا يؤكل لاحتمال انه قتله بثقله وان
كان خفيفا اكل لتيقن الموت بالجرح وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا
اي سواء كان ثقيلا او خفيفا لاشتراط الجرح ولو رماه بسيفا وسكين
فاصاب ظهره اي ظهر السيف او السكين او قبضته اي مقبض السيف او السكين
فقتله لا يؤكل لانه قتله دقا والحاصل ان الموت ان كان بالجرح بيقين حل
وان كان بالثقل والدق لا يحل وكذا ان وقع الشك احتياطا
وشرط في الجرح الادماء لانه صلى الله عليه وسلم قال انهر الدم بما شئت
رواه احمد وابو داود وغيرهما وقيل لا يشترط الادماء لان اخراج الدم ليس في
فلا يكون مكلفا وانما في وسعه الجرح والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ
وقيل ان كان الجرح كبيرا لا يشترط الادماء وان كان صغيرا يشترط
الادماء لان الكبير انما لا يخرج منه الدم لعدمها فلا يكون مضرا وفي الصغير
لضيق المنفذ لا لعدمها فيكون عدم خروج الدم مضرا وان اصاب السهم
ظلفه بكسر الظاء المعجمة للبقرة والشاة بمنزلة القدم لنا او قرنه فان ادماه
لانه هو المقصود وهو تسييل الدم قد حصل والا اي وان لم يدمه فلا يحل لان تسييل
الدم النجس لم يحصل وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد
لما ان الرمي مع الجرح مبيح فلما انقطع العضو كان الجرح موجودا لا محالة
فيحل دون العضو وقال الشافعي اكلا ان مات منه
لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا
بين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت منه لانه ما ابين
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميتة ذكر الحي مطلقا
فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان
المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم
سلامته بعد هذه الجراحة وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع
ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله عن الباقي لا يظهر في المبان
لعدم الحياة ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هنا هو الاصل ان المبان
من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما
يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة
لا حكما كذا في الهداية والزيلعي وان قطعه ولم يبنه فان احتمل التيام
اكل العضو ايضا لانه بمنزلة سائر اجزائه فيكون تبعا له لا ابانة والا اي
وان لم يتوهم الالتيام بان بقي معلقا بجلده فلا يؤكل العضو لوجود الابانة معنى والعبرة

وان قدّه اي الصيد بنصفين او اثلاثا والاكثر من جانب العجز بضم الجيم مؤخره
اكل الكل اذ المبان منه حي حقيقة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح
فلم يتناوله الحديث لما ذكرنا انه مطلق ينصرف الى الحي حقيقة وحكما والمنافي
والاكثر من جانب العجز احترازا عما اذا كان الاكثر من جانب الراس فانه يؤكل الاكثر
لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان ابان ما يلي العجز لم يقع الفعل ذكوة لعدم قطع
الاوداج وقد بقيت حية والجزء مبان عند ذلك واما اذا ابان الثلث مما يلي الراس فقد وقع
بقطع الاوداج وحرم لم يكن الجزء مبانا وكذا يؤكل الكل لو قطع نصف راسه او اكثره
للعلة المذكورة واذا ادرك الصيد حيا حياة فوق حياة المذبوح فلا بد من ذكاته
لانه قدر على الاصل وهو ذكاة الاختيار قبل حصول المقصود بالبدل وهو فكان الاضطرار
اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل فان تركها اي الذكاة
متمكنا منها اي من الذكاة حرم لما بينا انفا وكذا يحرم لو تركها غير متمكن منها
اي من الذكاة حرم لا لعجز عنها اما لفقد الاله او لضيق الوقت في ظاهر الرواية لان
ذكاة الاضطرار انما تعتبر اذا لم يقع في يده حيا وهنا وقع في يده حيا فسقط اعتبار
ذكاة الاضطرار فيه وعن محمد وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر
فصار كما اذا راه ولم يقدر على استعماله وهذا اذا كان فيه من الحياة فوق ما يكون في
وان لم يبق من حياته الا مثل حياة المذبوح وهو ما لا يتوهم بقاؤه بعد هذا فلم يدركه
حيا بل يكون ادركه ميتا فلا يلزم تذكيته وقيل عند الامام لا بد من تذكيته ايضا
اي كما يكون فيه حياة فوق ما يكون في المذبوح وحاصله انه ان لم يبق من حياته
الا مثل حياة المذبوح ولم يتمكن من ذبحه اختلفت الرواية ففي رواية لا يلزم تذكيته
حتى لو مات من غير تذكية اكل لانه ميت حكما ولهذا لو وقع في هذه الحالة في الماء لا يحرم
كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفي رواية عن الامام لا بد من تذكيته
كما لو كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لانه ادركه حيا فلا يحل الا بالذكاة الاختيارية
فان ذكاه حل بالاجماع قال المصنف الا ان ما ذكرنا من غير فصل بقول الفقير وان
شئت تفصيل المقام فاستمع لما نتلو عليك من كلام صاحب العناية حيث قال
المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا يخلو اما ان يتمكن من ذبحه او لا فان تمكن ولم يذبح حتى مات
سواء كانت الحياة فيه بينة او خفية وان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذلك
حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود
اباحة الاكل ولم يثبت والقدرة على الاصل قبل ذلك يبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه
لعدم الاله والوقت فاما ان يكون الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح او لا فان كان
لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يؤكل لانه لم يقدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض انه لم يتمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة
والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوت هدايتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح
فمنهم من يتمكن من ساعة ومنهم من لا يتمكن في اكثر منها وما كان كذلك
لا يبنى الحكم عليه لعدم الانضباط فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد على الذبح
وان لم يكن فيه حياة فوق ما يكون في المذبوح بل كانت بمقدار
ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات اكل لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه
الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل
لمحل الذبح فلم يثبت يده على المذبح لقيامه مقام التمكن من الذبح وقيل عند الامام
لا بد من تذكيته ايضا وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون
في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الاله لم يؤكل لانه مفرط حيث لم يحمل
الاله الة الذكاة معه وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد و

قالوا لم يشترط الاسلام ولم يشترط فيه حلالا قلنا وقع في بيت وهو حي حقيقة حكما
فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار انتهى • وهنا سؤال وجوابه في العناية
ان شئت فراجعه • وكذا ان ذكى المتردية اي التي سقطت من علو والنطيحة
التي ماتت من النطاح بقرينة كمنعه وضرب اصابه بقرنه وانطحت الكباش نطاحا
والموقوذة وهي التي قتلت بالخشب والتي بقر الذئب بطنها وفيه اي وفي كل واحد منها
حياة خفية او جلية حل اي كل واحد منها عند ابي ح وعليه الفتوى • لعموم قوله تعالى الا ما ذكيتم
استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل بالتذكية
لانه لا يكون موته بالذبح وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل
والا وان لم يكن يعيش فوق ما يعيش المذبوح بل كان يعيش مقدار ما يعيش المذبوح
فلا يحل بالتذكية لانه لا معتبر بهذه الحياة لانها اضطراب المذبوح •
ومن رمى صيدا فاثخنه اي اوهنه واخرجه عن حيز الامتناع يعني صيره الى حال لا ينجو
من يد الصائد مع هذه الحال ثم رماه فقتله حرم لاحتمال الموت بالثاني وهو
ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخروجه عن حيز الامتناع وضمن
الثاني قيمته اي قيمة الصيد مجروحا للاول لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له
لانه ملكه بالرمي المثخن • وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف
ووقع في الهداية في هذه المسئلة تاويل منقول من الزيادات • ووقع في الزيلعي
تفصيل طويل متعلق بما نقله صاحب الهداية من الزيادات ان شئت فراجعهما •
وان لم يثخنه الاول ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه الثاني فقتله حل الصيد
لانه صيد بعد والصيد يحل بذكاة الاضطرار وهو اي الصيد للثاني لانه
هو الاخذ • وقد قال صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذ •
قال صاحب العناية اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذلك
ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا • والاول على اوجه
فانه اذا رمياه معا فاما ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا •
فان اصاب فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني اولا والثاني كذلك
فانه ان رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعدها فان كان
الثاني فاما ان اثخنه الاول او لم يثخنه • والاول بوجوهه والوجه الاول
من الثاني عين ما ذكر في الهداية • وانا اذكرها تكملة
للافادة • فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا •
ويحل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله
اعتبارا بحال الرمي • فان كان صيدا حال رميهما فيقع فعل
كل واحد منهما ذكاة وقد اصابت الرميان معا فاستويا في السبب
وذلك يوجب المساواة في الملك • وان رميا معا لكن اصاب سهم
احدهما اولا فاثخنه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصاب سهم الاخر فقتله
فهو للاول وحل اكله عندنا خلافا لزفر • هو يعتبر حالة الاتصال فالسهم
الثاني اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة • ونحن نعتبر الحل حالة
الارسال ولهذا تعتبر التسمية حال الارسال لا عند الاتصال والارسال
قد حصل منهما والمحل صيد ممتنع فلم يتعلق بالارسال خطر الا ان الملك يثبت
لان سهمه اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني
وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول قبل ان يصيبه سهمه وهو اي الاول
فحكمه حكم ما لو رمياه معا يعني هو لهما وحل اكله • واما الذي ذكره في الهداية فقد اوضح بيانه انتهى •

للاول في وهو ظ الثاني في العناية

ومن ار

ومن ارسل كلبا على صيد فادركه فضربه فجرحه ثم طرحه على الارض ثم ضربه
فقتله اكل لان الامتناع عن الجرح اولا ثم الضرب والقتل لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
وتوضيحه ان القياس عدم جواز اكله لان الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما
حصلت بعد الاثخان الذي اخرجه من الصيدية فينبغي ان لا يحل اكله لان الصيد بعد
الاثخان كان ملحقا بالشاة والبقر فيحل بالذبح لا غير لكن حل اكله استحسانا
لان تعليم الكلب على وجه يمتنع عن الجرح بعد الخروج عن الصيدية متعذر واما تعذر تعليمه
الكلب تقرر عفوه وجعل عفوا فحل اكله مثله وكذا لو ارسل كلبين
على صيد فجرحه احدهما وقتله الاخر يؤكل ايضا لهذه العلة ولو ارسل رجلان
كل منهما كلبه فجرحه احدهما وقتله الاخر حل لما بينا ايضا وهو اي الصيد للاول
لان الاول اخرجه عن الصيدية غاية ما في الباب ان ضرب الثاني حصل بعد الخروج
عن الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد • والمعتبر في الاباحة والحرمة
حال الارسال • ولهذا لا يحرم حتى لو كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية
بجرح الاول فجرحه الثاني ومات لا يحل • عن هنا قال ولو ارسل الثاني بعدما صرعه الاول
حرم لما بينا ان الارسال اذا كان بعد الخروج عن الصيدية لم يكن موته ذكوة للقدرة على ذكاة الاختيار
وضمن الثاني للاول كما في الرمي لان الثاني بالارسال اتلف صيدا مملوكا للاول
لانه ملكه بصرع كلبه واخراجه عن الصيدية • ومن سمع حسا اي صوتا خفيا • قال صاحب المغرب
الحس بالكسر والحسيس الصوت الخفي فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه
فاذا هو صيد فقتله اكل لانه لا اعتبار بظنه مع كونه صيدا حقيقة • وكذلك
لو ظنه حس صيد فتبين كذلك حل لانه صيد وقد قصده فيحل • وعن ابي يوسف
انه استثنى الخنزير لشدة حرمته الا يرى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف غيره
من السباع لان الانتفاع بها مطلق الا من جهة الاكل وقد رخص منها ما لا يؤكل لحمه لان
الارسال عليه لا يتعلق به حكم اباحة الاكل ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول
فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واذا وقع اصطيادا صار كانه
رمى الى صيد فاصاب غيره • وان تبين انه حس ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب
لان الفعل ليس باصطياد كذا في الهداية • يقول العبد الفقير بيانه انه اذا سمع
حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه فاصاب صيدا ثم تبين ان
المسموع حسه ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب • قال صاحب العناية
فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة حيث لا يحل المصاب مع انه لم يقصد فيها الادمي
وبين مسئلة ما لو سمع حسا فظنه ادميا فرماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد
حيث حل مع انه قصد فيها الادمي ورمي الادمي ليس باصطياد والقياس اما شمول الحل او شمول العدم
او انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك لانه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه ادمي
فيهما اذا اقترن ظنه بانه صيد اولى ولانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده
فلا يحل المصاب هنا كما لم يحل ثمه او لم يحل هنا نظرا الى قصده وحل هناك لذلك
اجيب بان في المسئلة التي اصاب غير المسموع وقد كان قصده الى المسموع حسه
ليس بصيد كان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه
وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا ومحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله
لانعدام فعل الاصطياد واما في المسئلة الاخرى فسهمه اصاب المسموع حسه وهو
صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد حقيقة
لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو الاصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا للحقيقة
فعله كان الظن لغوا فيحل اكل المصاب لوجود فعل الاصطياد • يقول العبد الفقير هنا هو
التحقيق الحقيق بالقبول • الذي كان حقيقا بان يقضي الفحول • وموافقا بقواعد اهل الاصول •

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ثم من محاسن الرهن هو النظر للجانبين اعني جانب الراهن وجانب المرتهن اما جانب الراهن فان المرتهن عسى ان يكون اهيب الغرماء والد الخصماء خصوصا اذا رخص من جانب الشرع بحبس المال وهو قوله عليه صلوات الرحمن ان لصاحب الحق اليد واللسان فربما يريد في تشدد ويزيد في تضييقه بحيث لا يقع ذيل الراهن في الايام والليالي فالله تعالى رحمه وشرع الرهن ليسهل ويسكن به صدره حتى يقدر على تحصيل ما يؤدي دينه ويصون به عرضه ويدفع شينه واما جانب المرتهن فان حقه الدين على عرضة التوى والتلف لما عسى ان هب الراهن ماله بالتبذير والسرف او تقوم عليه غرماء يستوفون ماله او يجحد وليس للمرتهن بينة او يموت مفلسا بغير كفالة فنظر الشارع للمرتهن بشرع الرهن ليصل الى دينه حتى لو لم يظفر بدينه كان فائزا بما يعادله وهو الرؤوف ارحم الراحمين واحكم الحاكمين فنحتاج ههنا الى تفسير الرهن لغة وشريعة اما اللغة فهو حبس الشيء محبوسا اي بحبس باي سبب قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقد يطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول بالمصدر ويجمع على رهان ورهون ورهن وفي الشريعة هو الرهن حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه اي استيفاء الحق منه اي من ذلك الشيء كالدين حتى اذا ارتهن بما لا يمكن استيفاؤه من الرهن كالرهن بالقصاص والحدود والاعيان اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب لا يصح فيها المثل او القيمة ورد العين مخلص عما عليه الجميع مع دين ولهذا يصح الكفالة به والابراء عن قيمته بخلاف الاعيان الغير المضمونة كالامانات والمضمونة بغيرها كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بهم وجميعها كذا في الزيلعي يقول الفقير فيها بحث تدبر وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة واما السنة فما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهن به درعه من حديد رواه مسلم والبخاري عن عائشة رضي الله عنها وقد انعقد عليه الاجماع وينعقد الرهن بايجاب وقبول ركن الرهن القبول وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول هو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام خواهرزاده الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم بالتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازائه ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة قال صاحب العناية وفيه لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك واجيب بان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء وليس كذلك ويتم الرهن بالقبض وقال مالك يلزم بالايجاب والقبول لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة فيلزم بالقبول ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الامر والامر بالشيء الموصوف يقتضي ان يكون ذلك الوصف شرطا فيه اذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ولان الرهن على ما سبق عقد تبرع ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه بعدم الرجوع كما في الهبة والامضاء يكون بالقبض وفي العناية تفصيل يتعلق بذلك المقام ان شئت فراجعه

تحوزا بالحاء المهملة اي مجموعا مضبوطا احترازا عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه اي لم يجمعه ولم يضبطه مفرغا عن ملك الراهن احترازا عن رهن الشجر بدون الثمر ورهن الارض بدون الزرع ورهن دار فيها متاع الراهن متميزا احترازا عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار كذا في شروح الهداية كالعناية والنهاية وغاية وقال الفاضل الزيلعي وصاحب الكافي احترز بالاول عن المشاع وبالثاني عن المشغول بمتاع الراهن وبالثالث عن المتصل بغيره اتصال خلقة كرهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر قال صاحب الدرر وما ذكره شراح الهداية هو المعاني المناسبة لهذه الالفاظ لا ما قيل ان الاول احتراز عن رهن المشاع والثاني عن المشغول والثالث عن رهن الثمر على الشجر دون الشجر كما لا يخفى على اهل النظر تدبر والتخلية اي رفع المانع من القبض في زمان يمكن فيه القبض فيه اي في الرهن وفي المبيع قبض حتى اذا اوجد تخلية الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فصار ضامنا للمرتهن كما كان التخلية في المبيع قبضا قال صاحب الدرر ها هنا اعترض على القوم بان التخلية ينبغي ان لا يكفي في قبض الرهن في القبض منصوص في الرهن بخلاف البيع حيث استدلوا على شرطية القبض في الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على اكمل الجهات اقول المنصوص انما يراعى وجوده على اكمل الجهات نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص فلا يجب ان يراعى وجوده على اكمل الجهات فان التراضي في البيع منصوص عليه بقوله الا ان تكون تجارة عن تراض فلو صح ما قال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد وليس وللراهن ان يرجع عنه اي عن الرهن قبل القبض لكونه غير تام وغير لازم قبل القبض فاذا قبض لزم الرهن فلا رجوع بعده وهو اي الرهن بالاقل من قيمته ومن الدين اذا والاقل اسم تفضيل استعمل باللام ومن ليست تفضيلية بل بيانية والمعنى بالاقل الذي هو من جنس المذكورين ايهما كان وقال الشافعي هو امانة محضة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطني قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه اي للراهن زوائده وعليه غرمه اي هلاكه كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه اعتبارا بهلاك الصك والشهود وهذا لان الوثيقة يزداد بها معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الراهن يضاد الصيانة اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار امانة محضة الا ترى ان ما زاد على قدر الدين امانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز ان يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا لبيان الحقائق لان الحق ذكر معرفا بالاضافة فينصرف الى المذكور اولا وقوله صلى الله عليه وسلم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا ادري كم كان قيمته يكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فمذهب عمر رضي الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه اخذ اصحابنا وعن علي رضي الله عنه انه قال يترادان الفضل قال الحسن هذا محمول على حالة بقاء الرهن اذا استوفى المرتهن يرد عليه الفضل وقد روى محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته او كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشيء مطلقا وهذا اختلاف السلف الى ان حدث الشافعي قولا رابعا انه امانة محضة ولا يسقط بشيء من الدين بهلاكه وامر شغل

ثم فرع عليه بقوله فلو هلك الرهن وهما الدين والرهن سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه
فلا يطلب المرتهن من الراهن شيئا ولا الراهن من المرتهن شيئا وان كانت قيمته اي قيمة الرهن
اكثر من الدين فالفضل امانة عنده لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وهو
بقدر الدين وان كان الدين اكثر من قيمة الرهن سقط منه اي من الدين
قدر القيمة اي قدر قيمة الرهن وطولب الراهن بالباقي من الدين مثلا اذا رهن ثوبا
قيمته عشرة بعشرين فهلك الثوب عند المرتهن يسقط دينه فان كانت قيمة الثوب خمسة
يرجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل وهو الخمسة امانة
وتعتبر قيمته اي قيمة الرهن يوم القبض لانه يوم دخل في ضمانه فتعتبر قيمته يومئذ ان اختلفا
في القيمة فالقول للمرتهن لانه ينكر الزيادة والبينة للراهن لانه يثبتها
ويهلك الرهن على ملك الراهن فكفنه اي كفن العبد الرهن او الامة الرهن
عليه اي على الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة في يد المرتهن حتى لو اشتراه لا ينوب
قبض الرهن عن قبض الشراء لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان فاذا كان
ملكه ومات كان على الراهن كفنه وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به
اي بالدين وان كان الرهن عنده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة
فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي حبسه كما
بينا مع التفصيل فيما تقدم في فصل الحبس من كتاب النفقة
وله اي للمرتهن ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده اي عقد الرهن حتى يقبض دينه
الا ان يبرئه عن الدين فانه لا يبطل الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه
يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين فاذا لم يوجد قبض الدين او ابراؤه لم يخرج
واذا هلك في يده هلك مضمونا مستوفيا لدينه على ما تقدم وليس عليه اي على المرتهن
ان كان الرهن في يده ان يمكن الراهن من بيعه اي من بيع الرهن للايفاء
يعني لو اراد الراهن ان يبيع الرهن لكي يقضي دينه لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع
لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضي الدين لا القضاء بثمنه لانه صار كما بينا
وقيد بقوله ان كان الرهن في يده لانه اذا كان في يد العدل فسيجيء حكمه ان شاء الله تعالى
وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن ولا اجارته ولا اعارته لان الرهن يقتضي الحبس الى
ان يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز له الانتفاع الا بتسليط منه وان فعل
بذلك تعديا اذ هو غير ماذون به من جهة المالك ولا يبطل به اي بالتعدي الرهن
واذا طلب المرتهن دينه باحضار الرهن ليعلم انه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز
ان يقبض ماله مع قيامه في يد الاستيفاء لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يده
وهو محتمل فاذا احضره المرتهن امر الراهن بتسليم كل دينه اولا ليتعين حقه في الدين كما تعين
حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم
يسلم المشتري الثمن اولا ثم امر المرتهن بتسليم الرهن كما امر البائع بتسليم المبيع بعد
تسليم المشتري الثمن وكذا لو طالبه المرتهن بالدين في غير بلد العقد ولم يكن للرهن
حمل ومؤنة وهنا لا يشترط بيان مكان الايفاء منه في باب السلم
بالاجماع فان كان له اي للرهن حمل ومؤنة فله اي للمرتهن
ان يستوفي دينه بلا تكليف احضار الرهن لانه نقل
والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل من مكان الى
مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر الذي لم يلتزمه في العقد ولكن
المرتهن ان يحلفه بالله ما يعلمه انه هلك كذا في الكافي

وكذا ان كان

وكذا ان كان الرهن وضع عند عدل بامر الراهن للمرتهن ان يستوفي دينه من الراهن
ولا يكلف باحضار الرهن لكونه في يد الغير بامر الراهن ولا يكلف ايضا باحضار ثمن رهن
باعه المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه يعني لو امر الراهن المرتهن ببيع الرهن فباعه ولم يقبض
ثمنه فطالبه المرتهن بدينه لا يكلف المرتهن باحضار ثمن الرهن لانه لا قدرة له عليه
لان بيعه بامر الراهن فصح وصار الرهن دينا فصار كانه رهنه الراهن وهو دين
ولو قبضه يكلف باحضاره لقيام البدل وهو الثمن مقام المبدل وهو الرهن المبيع
ولا يكلف المرتهن ان قضى الراهن بعض حقه بتسليم مستقل بلا تكليف حصته من الرهن
حتى يقبض الباقي من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي الجميع كما في حبس المبيع
اي كما لا يجب تسليم المبيع ما بقي من الثمن درهم في ذمة المشتري وللمرتهن ان يحفظه
اي الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذين في عياله قال صاحب الهداية معناه
ان يكون الولد في عياله ايضا لان عين الرهن امانة في يده فصار كالوديعة وقال
صاحب النهاية وصاحب العناية وفي وديعة الذخيرة ذكر محمد من جملة من في عياله
زوجته وولده واجيره الخاص الذي استاجره مشاهرة او مسانهة ثم قال الاصل
ان العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة بالنفقة الا يرى ان المرأة اذا اودعت
وديعة او ارتهنت فدفعت الوديعة او الرهن الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج
في نفقتها لانهما يسكنان معا والا يرى ان الابن الكبير اذا كان ساكنا مع المودع
او المرتهن ولم يكن في نفقته فخرج المودع او المرتهن ولم يكن في نفقته فخرج المودع
او المرتهن عن ذلك المنزل الى منزل اخر وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن فعلم ان العبرة
لما قلنا انتهى يقول الفقير والتباين في مسئلة الابن الضم لانه اذا خرج وترك المنزل لابنه
لا يوجد المساكنة اللهم الا ان يقال المعتبر وجود المساكنة في الابتداء ولا يعتبر انتفاؤها
بعد وجود الفعل فيلزم عليهم بيان هذا الاصل كما بينوا كون العبرة للمساكنة
لا للنفقة تدبر فان حفظه اي الرهن بغيرهم اي بغير المذكورين او اودعه عند اخر فهلك
ضمن كل قيمته لما بينا ان عينه وديعة والوديعة تضمن بالحفظ بغيرهم وبالايداع
لكونه متعديا فيضمن جميع قيمته كالمغصوب لكن هل يضمن المودع فهو على الخلاف
الذي سبق في وديعة المودع ثم ان قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين يلتقيان
قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا
بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده لانه بدل الرهن
فيكون له حكم اصله فاذا حل الاجل اخذه بدينه واذا قضي بالقيمة من خلاف جنس الدين
كان الضمان رهنا عنده الى ان يقضي دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه
فاذا قضى الدين اخذه الراهن وكذا يضمن جميع قيمته ان تعدى فيه باي تعد كان
لما بينا ان عينه امانة والامانات تضمن بالتعدي او جعل الخاتم الرهن في خنصره فهلك
يضمن جميع قيمته لانه استعمال الرهن وهو غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ فصار
متعديا فيه واليمين واليسار في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة فان جعله اي الخاتم
يقول الفقير الظ وان جعله بالواو نبه به في اصبع غيرها اي الخنصر فلا يضمن لانه لا يلبس
كذلك عادة فكان من باب الحفظ لا من باب الاستعمال بغير اذن المالك الا اذا كان
المرتهن امرأة لان النساء تلبس كذلك فيكون من باب الاستعمال وكذا الطيلسان
ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن ولو رهنه سيفين
فتقلدهما ضمن وفي الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد
السيفين في الحرب دون الثلاثة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم
فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا لانه حافظ

الطيلسان معرب جمعه طيالسة
وهو من لباس العجم مدور اسود
ومنه قولهم في الشتم يا ابن الطيلسان
يراد انك اعجمي وفي جمع الطيالسة
لحقتها الهاء للعجمة
وسراويلها ...
والطيلس بفتح فيه
كذا في المغرب

وعليه اى على المرتهن مؤنة حفظه لان تمام الحفظ على المرتهن وان كان قيمة الرهن اكثر
من الدين لان وجوبه بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت للمرتهن
وعليه مؤنة رده اى رد الرهن الى يده اى الى يد المرتهن كجعل الابق او رد جزء الى يده
بان يبعض عين الرهن او يحدث به مرض آخر فمداواته على المرتهن لان الامساك حق له والحفظ
واجب عليه فيكون المؤنة عليه كاجرة بيت حفظه واجرة حافظه وهذا فى ظاهر الرواية
وعن ابى يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته
قال صاحب الهداية وهذا اى كون جعل الابق والمداواة على المرتهن اذا كانت
قيمته والدين سواء واما اذا كانت قيمته اكثر من الدين فجعل الابق والمداواة بقدر
المضمون على المرتهن وبقدر الزيادة على الراهن لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد
ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فى الزيادة فيكون على المالك بخلاف
اجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة
الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت واما
الجعل والمداواة فانما يلزمانه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون وهذا تمام
واما جعل الابق والمداواة اى معالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية
فينقسم على المضمون والامانة يعنى ما كان من حصة المضمون فعلى المرتهن وما كان من حصة
فعلى الراهن يقول الفقير اذا تقرر عندك ما نقلناه من الهداية لا يخفى عليك ما فى
تقرير المصنف من التشويش والاختلال فتدبر حتى تصل الى حقيقة الحال بعون الله المتعال
ثم ان قوله كاجرة بيت حفظه وحافظه بعد قوله او رد جزء ليس فى موضعه ولو قال
وعليه مؤنة حفظه كاجرة بيت حفظه وحافظه وان كان فى قيمة الرهن فضل وعليه مؤنة
رده اليه او رد جزئه اذا كانت قيمته والدين سواء واما اذا كانت قيمته اكثر
من الدين فينقسم على المضمون والامانة كالفداء من الجناية لكان اولى واسلم
من التشويش والاختلال فتدبر وتتبع حتى تصل الى الحال والعلم فى الحقيقة
الى الملك ذى الجلال والجمال ومؤنة تبقيته اى جعل الرهن باقيا
ومؤنة اصلاحه اى اصلاح منافعه على الراهن كالنفقة والكسوة
واجرة الراعى واجرة ظئر ولد الراهن هذه امثلة المؤنة التبقية
وسقى البستان وتلقيح نخله اى نخل البستان والتلقيح حب ريحان النخل
المذكر على النخل المؤنث وجذاذه اى قطع ذا الثمر من النخل والقيام بمصالحه
اى بمصالح البستان كاصلاح جداره وقلع النخل المضر بالنبات
فيه وتخليص اصل التراب عن الاحجار ونحوها هذه امثلة المؤنة اصلاح منافعه
والاصل ان ما يحتاج اليه لتبقية الرهن ومصالحه فهو على الراهن سواء كان
فى الرهن فضل او لم يكن لان العين باقية على ملكه وما اداه احدهما
مما وجب على صاحبه بلا امر فمتطوع باداه فهو متبرع لانه قضى دين غيره بغير امره
وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه بامر القاضى يرجع المؤدى به اى بما اداه
على صاحبه لان للقاضى ولاية عامة فكان كصاحبه امره وقال الفاضل الزيلعى
نقلا عن المحيط انه لا يرجع بمجرد امر القاضى ما لم يجعله دينا على صاحبه بالتنصيص
فان امر القاضى بذلك وجعله دينا على الاخر يرجع به على الاخر وكذلك نقله صاحب
النهاية عن الذخيرة وعن الامام انه لا يرجع به على صاحبه ايضا كما لا يرجع به اذا اداه
بلا امر صاحبه ان كان صاحبه حاضرا لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضى فيأمر صاحبه
بذلك وعن ابى يوسف انه يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى
لا يلى على الحاضر ولا ينفذ امره عليه لانه لو نفذ امره عليه لصار محجورا عليه
ولا يملك حجره عند الامام وعند ابى يوسف يملك فينفذ امره عليه

باب ما يجوز

باب ما يجوز ارتهانه والرهن به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والرهن به وما لا
اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال لا يصح رهن المشاع وقال الشافعى يجوز ولنا فيه وجهان
احدهما يبنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فى المشاع
من حيث انه مشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثانى ان موجب
الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الا
من الوجه الذى بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضى الى الاستحقاق الحبس ولو جوزناه
لانه لابد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها
وان كان المشاع مما لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة
واما حكم الهبة فهو الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان
او كان من الشريك لان ثبوت اليد فى المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما
فيصير كانه رهن يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث يجوز فى المشاع من شريكه لان حكمها التمكن من الانتفاع
والشريك يتمكن من ذلك فيجوز ولو طرأ الشيوع بعد الارتهان فيفسد عند الامام ومحمد خلافا لابى يوسف
لان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الابتداء الهبة فانه يمنع ابتداء الهبة والشيوع لا يمنع بقاءها
وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفى مثله يستوى الابتداء والبقاء كالمحرمية فى باب النكاح
بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها بل يقبله وهو الملك وانما اشترط القبض فى الابتداء لنفى
ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يصح فسخ العقد
فى بعض الرهن وصورته الشيوع الطارئ ان يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض او اذن الراهن
للعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه ولا يصح رهن الثمر على الشجر بدون الشجر ولا
اى بدون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى المشاع ولا يصح
رهن الشجر او الارض مشغولا بالثمر او الزرع دون الثمر والزرع لان الاتصال قائم المرهون
ولو رهن الشجر بمواضعها او رهن الدار بما فيها جاز اما الاول فلانه رهن الارض بما فيها
ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ولو كان فيها ثمر يدخل فى الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل
بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر
واما الثانى فلان رهنها بما فيها رهن مانع الجواز وهو كونها مشغولة بملك الراهن
ولا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع لها بوجه ما فاذا ذكر صريحا لم يبق مانع
ولا يجوز رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب لان موجب الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء
من هؤلاء متعذر لعدم المالية فى الحر وعدم جواز بيع الباقين ولا يجوز الرهن بالامانات
كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن
وحكما قبض الرهن مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع الرهن مضمونا به ويتحقق استيفاؤه منه
ولا يجوز الرهن بالدرك بخلاف الكفالة فانها تجوز والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء
ولا يصح مضافا الى حال وجوب الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا يحتمل الاضافة الى
واما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا ولا كذلك الرهن فانه استيفاء
والتمليكات باسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا وتفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل
سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشترى من استحقاق المبيع واخذ بالثمن من البائع
حتى لا يملك حبس الرهن قبل الدرك او لا واذا هلك كان امانة عنده قبل الدرك او بعده
بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا بالف لتقرضنى فهلك فى يد المرتهن
حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته بحكم وترتب انشاء الرهن لان الموعود جعل كالموجود
بالحبل مجردا كما اقتضاه لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب الذى يتلوه فلا بد
ليكون الاستيفاء سببا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى

ولا يجوز بما هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع لما عرف ان الرهن يجب ان يكون في مقابلة الدين حقيقة او حكما والمبيع في يد البائع ليس بدين حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه يجب ان يكون مضمونا بالمثل او القيمة والمبيع في يده ليس كذلك بل اذا هلك سقط الثمن وهو حق البائع وليس فيه ضمان والفقهاء يسمونه بالعين المضمونة بغيرها
واما العين المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او القيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد فيصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما يجب تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس يعني كفل بنفس رجل فرهن بها شيئا لا يجوز لتعذر الاستيفاء ولا بالقصاص في النفس وما دونها يعني اذا وجب عليه القصاص في النفس او ما دونها فرهن شيئا لئلا يمتنع عن القصاص لا يجوز لتعذر الاستيفاء
بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن
ولا بالشفعة يعني اذا رهن البائع او المشتري شيئا عند الشفيع بعد قضاء القاضي بالشفعة ليسلم الدار بالشفعة لا يجوز لعدم الدين في هذه الصورة
ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع الرهن لم يكن مضمونا لان الرهن حصل بمقابلة ما لا يجب الا انها لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يامر المستاجر بتسليم الاجر
ولا يجوز الكفالة بالعبد الجاني او العبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب على المولى شيء فاذا لم يصح الرهن في هذه الصور فللراهن ان ياخذ المرهون من المرتهن ولو هلك المرهون في يد المرتهن قبل طلب الراهن هلك بلا شيء لانه لا حكم للباطل فبقي القبض باذن المالك ولا يجوز للمسلم رهن الخمر ولا ارتهانها من مسلم او ذمي يعني لا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنها من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء او الاستيفاء في حق المسلم لعدم ماليتها في حقه ولا يضمن لو اتلف المسلم مرتهنها لو كان ذميا يعني اذا كان المرتهن ذميا لم يضمنها بالغصب لانها لا يجب بالغصب حق
ويضمنها هو اي المسلم لو ارتهنها من ذمي يعني اذا كان الراهن ذميا والمرتهن مسلما يضمن المسلم الخمر كما اذا غصب لانها مال الذمي ويصح الرهن بالدين ولو كان موعودا بان رهن شيئا ليقرضه كذا
وقد بينا المعنى فيما انفا ثم ان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة حتى لو ادعى رجل على رجل دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة بالانكار واعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وكذا لو اشترى عبدا او رهن بالثمن فهلك الرهن ثم ظهر ان العبد حر او استحق يجب على البائع ان يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لان المدين فيجزئ عليه احكامه لان الاحكام الشرعية مبنية على الظاهر والامر تحقيقه هو الذي يتولى السرائر
يقول الفقير توضيح المحل ان الرهن اذا هلك حكمه ان يكون مستوفيا للدين فلما تصادقا ان لا دين في الصورة يجب ان يعطي المرتهن خمسمائة ليكون بالهلاك مستوفيا للدين لصحة الرهن بوجوب الدين ظاهرا وان لم يجب حقيقة فاذا صح وجب ان يترتب عليه احكامه وكذا في الصورة الثانية تدبر
فلو هلك الرهن بالدين الموعود في يد المرتهن لزم ان المرتهن دفع ما وعد للراهن ان كان مثل قيمته او اقل وان كان ما وعد اكثر من قيمة الرهن يدفع مثل قيمته فقط
هذا اذا سمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بان رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن للراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه كما لو اقر بذلك بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن ابي يوسف انه يجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغا ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء كذا في الزيلعي

ويصح الرهن

ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف وبالمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكم الاستيفاء وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم ولنا انه استيفاء من وجه الذي بينا وهو القبض بالرهن والعبرة بصيرورته مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا يكون عينه امانة في يده حتى يجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة فلو هلك الرهن في مجلس العقد فقد استوفى حكما فصح السلم والصرف لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل النقد اي قبل نقد راس مال السلم وقبل نقد ثمن الصرف وقبل الهلاك اي قبل هلاك الرهن بطل العقد فيهما لفوات القبض حقيقة وحكما ولا ياتي هنا التفصيل في السلم فيه لانه ولهذا افرده صاحب الدرر حيث ذكره بالذكر وعن هذا قال المص والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله يعني لو تقايلا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه والقياس ان لا لانه دين اخر وجب بسبب اخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا كما لو كان عليه دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن وابراه منه ليس له حبسه وجه الاستحسان انه بدل فقضاه كالمغصوب اذا هلك وفيه رهن يكون رهنا بقيمته وهلك لو كان هلك الرهن بعد الفسخ هلك بالاصل اي بالمسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا كمن اي كرهن المال الذي باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه رهن به ويصح الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها اي بالمثل والقيمة كالمغصوب فانه مضمون بالمثل ان كان له مثل او بالقيمة ان لم يكن له مثل فيصح الرهن به بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد فان الاعيان في هذه الاشياء مضمونة بانفسها فانها اذا هلكت يجب مثلها ان كان لها مثل وقيمتها ان لم يكن لها مثل ثم اعلم ان الاعيان احدها عين غير مضمونة اصلا كالامانات فان الضمان عبارة عن رد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته فالامانة ان هلكت بلا تعد فلا شيء في مقابلتها واي شيء فلا يتحقق الضمان بل يكون مضمونة ومنها عين مضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوه والفقهاء يسمونها الاعيان المضمونة بنفسها ومن ذلك الاعيان المضمونة ووجهه ان الضمان كما عرفت عبارة عن رد مثل الهالك او قيمته فالشيء اذا كان مثليا او قيميا يكون بحيث لو هلك تعين المثل او القيمة فتكون مضمونة في حد ذاتها مع قطع النظر عن العوارض وثالثها عين ليست بمضمونة ولكنها تشبه المضمون كمبيع في يد البائع فانه اذا هلك لم يضمن لكن الثمن يسقط عن ذمة المشتري وهو في مثل المثل او القيمة فبمجرد هذا الاعتبار تسمى بالعين المضمونة بغيرها
ويصح الرهن ببدل الصلح عن انكار او كان اقرار الدين بعد لزوم الدين وصورته ما نقلنا عن الزيلعي من انه لو ادعى رجل على رجل مالا الف درهم مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها ثوبا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر وعن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما على انه لا دين فيتصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بعد الدين وهكذا ذكره صاحب النهاية عن الذخيرة محالا الى الجامع الكبير والاصل في هذه المسائل ان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة ولو رهن الاب لدينه عبد طفله جاز لانه لا يملك ايفاءه وهنا اولى منه لانه نظر في حق الطفل لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ منه في الايداع ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة وكذا الوصي للايتام وعن ابي يوسف انهما لا يملكان لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن حفظ المال الصغير في الحال فان هلك العبد الرهن لزمهما اي الاب والوصي مثل ما سقط بالرهن من دين الصبي لانهما صارا موفيين دينهما من مال الصبي ولا يضمنان الفضل ان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين

ولو رهن الاب عبد الابن من نفسه او من ابن اخر صغير له او من عبد له اي للاب تاجر ولا دين عليه
قيد بذلك لان الشبهة على ما ذكره الفقيه اما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وفي ذلك
لانه يحتاج من العوض فلا يعوض من الابن اولى وكذلك تقييد الابن بالصغير فانه لو كان كبيرا لا يجوز
صح يعني اذا كان للاب وللابن الصغير الاخر او لعبده المأذون له في التجارة الغير المديون
دين على ابن صغير له فرهن الاب عبد الصغير من نفسه او من ابنه الصغير الاخر الدائن او من عبده التاجر
الغير المديون صح لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين
في هذا العقد كما في بيعه مال ابنه الصغير من نفسه فيتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولى
في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يجوز الحاقه بالاب بخلاف ابنه الكبير او ابيه او عبده الذي
عليه دين لانه لا ولاية له عليهم فلم يكن الرهن منهم بمنزلة الرهن من نفسه فيجوز بخلاف الوكيل بالبيع
اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو انه مضمون بالاقل
قيمته ومن الدين سواء رهنه عند هؤلاء او عند اجنبي لانتفاء التهمة
وان استدان الوصي لليتيم في كسوته او طعامه ورهن به متاعه صح يعني لو اشترى
الوصي بالدين كسوة لليتيم او طعاما له فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة
والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك
ما لم يقض الدين لوقوعه لازما من جانبه او تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ
ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر حرا او ثمن خل فظهر خمرا او ثمن ذكية فظهر ميتة فالرهن
يعني لو اشترى عبدا ورهن بثمنه شيئا او خلا ورهن بثمنه شيئا او شاة ذكية
ورهن بثمنه شيئا ثم ظهر ان العبد حر والخل خمر والشاة ميتة كان الرهن مضمونا
لما ذكرنا انه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه اذا كان الدين موهوما
وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا
فان رهنت بجنسها فهلاكها بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة لان الجودة لا قيمة لها
عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا عند ابي ح لان عنده يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما هلاكها بقيمتها ان خالفت وزنها فيضمن بخلاف الجنس
ويجعل رهنا مكان الهالك قال وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرار باحدهما بان كانت قيمته
مثل وزنه فكذلك يعني يكون هلاكها بمثلها من الدين كما هو عند ابي ح كذلك وان كان فيه اضرار
باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ويجعل ما ضمن
رهنا مكانه ويكون دينه على حاله لانه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن
ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا لانه لو صار مستوفيا دينه ثمانية بعشرة اعتبارا
للقيمة او صار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربا فصرنا الى التضمين بخلاف
الجنس لينتقض القبض ويجعل رهنا مكانه ولابي ح ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال
عند المقابلة بجنسها واستيفاء الردي بالجيد جائز وقد حصل الاستيفاء لانه من جنس حقه
وقد قبضه على وجه الاستيفاء وبيانه فيما اذا رهن قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم
وهلك القلب سقط جميع الدين بلا خلاف وان كانت قيمة القلب لرداءته ثمانية فهلك القلب
فعلى قول ابي ح سقط جميع الدين وعندهما يغرم المرتهن قيمته من خلاف الجنس ولا يهلك بالدين
وفي المبسوط واذا رهن الرجل قلب فضة قيمته عشرة دراهم بعشرة دراهم فهو على ثلاثة اوجه
اما ان يكون قيمته اكثر مثل وزنه فان هلك القلب سقط حق المرتهن لان في وزنه وقيمته وفاء بالدين
فيصير المرتهن مستوفيا كمال حقه بهلاكه وان انكسر فعلى قول ابي ح وابي يوسف يضمن المرتهن قيمته
ان شاء من جنسه وان شاء من خلاف جنسه لانه لا يمكن فيه الربا ويكون ما ضمن رهنا عنده الى ان
يحل الاجل ثم يستوفي قضاء من حقه والمكسور مملوك له بالضمان وعند محمد يخير الراهن
ان شاء سلم المكسور للمرتهن بدينه وان شاء افتكه بقضاء الدين آه كذا في النهاية
وغيره وفي الزيلعي تفصيل طويل متعلق بهذا المقام ان شئت فراجعهما

ومن شرى شيئا على ان يعطي بالثمن رهنا بعينه او كفيلا بعينه صح استحسانا
والقياس ان لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع
ولانه صفقة في صفقة وقد نهي عنها وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الرهن للا
وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقبل اعتبر
فيه المعنى وهو الملائمة فيصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا
حتى افترقا لم يبق معنى الرهن والكفالة للجهالة فكان الاعتبار لعينه لا لمعناه فيفسد
ولو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن
او نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز فان امتنع المشتري عن عطائه اي
لا يجبر المشتري على اعطائه وقال زفر يجبر لانه صار الشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
قلنا عقد الرهن تبرع ولا جبر على التبرع كالواهب ولكن للبائع فسخ البيع ان لم يعطه
لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء
الا ان دفع الثمن حالا فلا يفسخ لحصول المقصود او دفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود
المعنى وانما فسرنا بقولنا اي عن اعطاء الكفيل ايضا ومن شرى شيئا وقال امسك هذا
حتى اعطيك الثمن فهو رهن عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف وديعة لا رهن وهو قول زفر
لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه
او بما لك عليك لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه اتى بما ينبئ عن الرهن وهو
والعبرة في العقود للمعاني على ما مر ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
الاحرى اثار او قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كما قال الرهن بكذا
ولو رهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء حصته اي حصة احدهما من الالف
فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين كالمبيع يعني كما
حتى اذا ادى حصة احدهما من الثمن لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن فكذا هاهنا
والجامع ان كل واحد من المبيع والرهن محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء
وان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل
وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية
ووجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا يرى انه
لو قبل الرهن في احدهما جاز فكما تمكن المرتهن تفويت القبول في الابتداء فكذلك
ان يتمكن من تفويت القبض في الانتهاء ولو رهن عينا عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه
لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شائعا باعتبار تعدد المستحق
لان موجبه جعله محبوسا بالدين وهو امر وكونه محبوسا بالدين لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما فكما ان الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون كله
فكذا هاهنا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما
فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين لا يجوز عند ابي ح لان العين تنقسم عليهما لا محالة
والمضمون على كل واحد منهما حصته دينه لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما
فينقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزي فان تهايئا في حفظه ان حفظها كل
فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر يشير اليه ان تهايئا كل واحد منهما ما لم يحل
قال العلامة الزيلعي وهذا اذا كان مما لا يتجزى فظ وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس كل واحد
منهما النصف فان دفع احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع عند ابي ح خلافا لهما
واصل المسئلة الوديعة فيما اذا اودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع احدهما كله
فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما فان قضى دين احدهما فكله اي كل العين
لان كلها محبوس بكل جزء من اجزاء الدين فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقيا
كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع اذا ادى احد المشتريين حصته او شرى واحد ادى

ولو رهن اثنان من واحد صح ولا لي للواحد ان يمسك الرهن حتى يستوفي جميع حقه منهما لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فهاهنا نظير البائع وهما نظير المشتريين ولو ادعى كل من اثنين انه هنا رهن مثل ماض هذا الشي منه وقبضه وبرهنا عليه اي على ما ادعيا بطل برهانهما صورة المسئلة رجل في يده عبد ادعاه رجلان يقول كل واحد منهما لذي اليد قد رهنتني عبدك هذا بالف درهم وقبضته منك واقام البينة على دعواهما فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا ورهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكل لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما فتعين التهاتر ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ بينهما لان ذلك يؤدي الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينة حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء على هذا الوجه يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس اولى لقوة اثره وهو ان كل واحد منهما يثبت الحق ببينة على حدة ولم يرض بمزاحمة الاخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد في من جانب الراهن واحد وهنا يثبت كل واحد منهما عقدا اخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا فكان صاحب التاريخ الاقدم اولى وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد اولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة او شراء عين من واحد يقول الفقير يعني انه اذا كان في ايديهما يكون الحكم والدين كما مر ولا بد من تدبر ولو كان هذا بعد موت الراهن يعني لو مات الراهن فاقام كل واحد منهما انه رهنه عنده وقبضه منه وبحكم يكون الرهن مع كل واحد منهما نصفه يبلغ الرهن رهنا بحقه يعني كل منهما وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل ايضا وهو قول ابي يوسف لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن اذا ثبت الحكم بدون علته وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يقتله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع في ثمنه والشائع يقبله فيصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امرأة او ادعت اختان او خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تتهاتران في حالة الحياة لكن قبلناهما بعد الممات لان حكمه في حال الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الاشتراك وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة ولا ينافيه قال صاحب الهداية وصاحب الكنز ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه الى اخره قال الفاضل الزيلعي قوله والعبد في ايديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد في ايديهما واثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك يقول الفقير لو كان العبد في يد احدهما كان صاحب اليد اولى بناء على ما ذكره الفاضل الزيلعي في المسئلة الاولى والحاصل ان القسمة العقلية في المسئلة الاولى ثلاثة اقسام اما ان يكون العبد في يد المدعى عليه او في يديهما او في يد احدهما وقد ذكر حكم الاول في المتن وذكر الفاضل الزيلعي حكم الثالث بان صاحب اليد اولى ولم يذكر حكم الثاني لا بد وكذلك القسمة العقلية في المسئلة الثانية والحكم في قسمها الا في صورة كون العبد في يديهما او لم يكن مختلفا فيه بين ابي حنيفة ومحمد على ما ذكره الفاضل الزيلعي من ان قوله والعبد في ايديهما وقع اتفاقا والحكم في القسم الاخر منها وهو صورة كون العبد في يد احدهما ينبغي ان يكون ما ذكرنا من ان صاحب اليد اولى على ما ذكره الزيلعي في الاولى تدبر

الكنز

باب الرهن يوضع على يد عدل

صفة لكونه لفظ الرهن في معنى النكرة على طريقة قوله ولقد امر على اللئيم يسبني او حال منه نظرا الى كونه معرفا باللام

لما ذكر احكام الراهن والمرتهن الراجعة الى انفسهما ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد من العدل هاهنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيع الرهن ولكن يخالف هذا الوكيل المفرد في مسائل ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه فقال العدل يفارق الوكيل المفرد في اربعة اوجه احدها انه يبيع الولد والوكيل المفرد لا يبيع الولد والثاني انه يجبر على البيع متى ابى بخلاف الوكيل المفرد والثالث انه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد والرابع انه لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد ينعزل وزاد على هذا الامام التمرتاشي مسائل منها ان العدل اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين والمفرد اذا باع بأي ثمن كان لا يجوز ان يصرفه ومنها ان العدل يبيع الارش وما يؤخذ بالاتلاف والمفرد لا يبيع ومنها عبد هو رهن اذا قتل عبدا فدفع به فالعدل يبيعه بخلاف المفرد كذا في النهاية ولو اتفقا اي الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل صح ويتم الرهن بقبض العدل وقال زفر وابن ابي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل على المالك وبه الضمان عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم يكن يده يد الراهن لما رجع كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه فاذا كان كذلك انعدم القبض ولنا ان يده يد المالك في الحفظ لكون العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فينزل منزلة شخصين تحقيقا لما قصداه لان كلا منهما رضي بيده فصارت يده كيدهما وانما يرجع العدل على المالك عند الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع وليس لاحدهما اخذه اي اخذ الرهن منه اي من العدل بلا رضا الآخر لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر ولو ضمن العدل بدفعه الى احدهما لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل كذلك فاذا جعل القيمة رهنا برأيهما او برأي القاضي عند العدل الاول او عند غيره ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل لوصول الرهن الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده يأخذه اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه كذا في الهداية والزيلعي

استحقاق
الاستحقاق
عنهما القاضي
الراهن

وهلاك الرهن في يده اي في يد العدل على المرتهن لانه يبيع في حق المالية بيد المرتهن وهي المضمونة
فان وكل الراهن العدل او المرتهن او غيرهما ببيعه اي ببيع الرهن عند حلول الدين صح
لان الراهن مالك فله ان يوكل من شاء ببيع ماله معلقا ومنجزا لان الوكالة يجوز تعليقها
بالشرط لكونها من الاسقاطات والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط
فان شرطت الوكالة في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل بالعزل ولا بموت الراهن او المرتهن
لان الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى
انها لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه
وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي وللوكيل بيعه اي بيع الرهن بعد موت
الراهن بغيبة ورثته كما كان له حال حياته ان يبيعه بغير حضرته لانه لما بقيت وكالته
بعد موته لم يشترط حضرة الورثة ورضاهم وتبطل الوكالة بموت الوكيل حتى لا يقوم
وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه
لا براي غيره ولو وكله اي العدل بالبيع مطلقا ملك بيعه بالنقد والنسيئة
فلو نهاه اي العدل بعده اي بعد توكيله مطلقا عن بيع نسيئة لا يعتبر نهيه لانه لازم
باصله وهو التوكيل بالبيع فكذا بوصفه وهو الاطلاق ولا يبيع الراهن ولا المرتهن
الرهن بلا رضى الاخر لان كل واحد منهما له حق فيه اما الراهن فملكه فلا يبيع الا برضاه
واما المرتهن فلانه احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع
فان حل الاجل والراهن غائب اجبر الوكيل على بيعه كما يجبر الوكيل
بالخصومة عليها اي على الخصومة متعلق بيجبر عند غيبة موكله لان الوكالة
بالشرط في عقد الرهن صارت وصفا من اوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق
المرتهن تعلق بالبيع وفي الامتناع ابطال حقه بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل
يبيعه بنفسه فلا يبطل حقه واما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن
لا يملك البيع بنفسه وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياما ليبيع فان امتنع
بعد الحبس اياما فالقاضي يبيعه عليه وهذا على اصلهما ظ واما على اصل ابي ح
فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا وقيل لا يبيع القاضي عنده
كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ثم اذا اجبر على البيع وباع
لا يفسد هنا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على قضاء الدين باي طريق
شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولا اجبار بحق وبمثله لا يكون
فلا يفسد اختياره كذا في الزيلعي وكذا يجبر على بيعه لو شرطت الوكالة بعد عقد
الرهن في الاصح يعني لو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر
لان التوكيل لم يصر وصفا من اوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كيلا
وهذا اصح حتى روي عن ابي يوسف في الجواب في الفصلين واختلف انه يجبر على البيع وذكر محمد في الجامع
والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين ان يكون الوكالة مشروطة فيه او لم تكن كذا في الز
فان باعه اي الرهن العدل فثمنه اي ثمن الرهن قائم مقامه اي مقام الرهن فكان رهنا وان لم يقبض
بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا وهو الرهن وهلاكه اي هلاك الثمن كهلاكه
اي كهلاك الرهن يعني يهلك من مال المرتهن ويسقط الدين لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام الرهن
فان اوفاه المرتهن يعني ان باع العدل الرهن واوفى المرتهن الثمن فاستحق الرهن
وكان هالكا في يد المشتري فللمستحق ان يضمن الراهن قيمة الرهن لانه غاصب في حقه
ويصح البيع والقبض لان قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن تملك الرهن باداء الضمان فتبين انه باع
او العدل معطوف على قوله الراهن يعني او للمستحق ان يضمن العدل القيمة لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم

لكون الرهن محبوسا عند المرتهن

ع

مكرها

لو ظ

يتوى حقه

الصغير

زيلعي

ملك نفسه

ثم العدل

ثم العدل على تقدير تضمينه مخير ان شاء ضمن الراهن لانه وكيل من جهته عامل
فيرجع اليه بما لحقه من العهدة ويصح البيع ويصح قبض المرتهن الثمن لانه
ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه فلا يرجع المرتهن بشيء انما كان الثمن
والدين سواء او ان شاء ضمن المرتهن ثمنه الذي اداه اليه اذ تبين بالاستحقاق
انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملكه بالضمان ونفذ بيعه عليه وهو اي الثمن له
اي العدل لانه بدل ملكه وانما اداه المرتهن على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملك العدل
لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن فكان للعدل ان يرجع بالثمن الذي اداه الى
المرتهن على المرتهن فان رجع بطل الاقتضاء وعن هذا قال ويبطل القبض
فيرجع المرتهن على الراهن بدينه لان العدل اذا رجع وبطل قبض المرتهن الثمن رجع المرتهن
على راهنه بدينه ضرورة وان كان الرهن قائما في يد المشتري اخذه اي الرهن
المستحق لانه وجد عين ماله ويرجع المشتري على العدل بثمنه لانه العاقد وحقوق
العقد يتعلق به وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع
ولم يسلم ثم يرجع هو اي العدل على الراهن بالثمن لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه
تخليصه واذا رجع عليه صح القبض اي قبض المرتهن الثمن لان الثمن المقبوض من العدل
سلم للراهن باداء الضمان الى العدل او يرجع على المرتهن بثمنه لان العقد لما
انتقض بطل الثمن وقد قبضه المرتهن ثمنا فاذا بطل وجب نقض قبضه ضرورة
ثم يرجع المرتهن على الراهن بدينه لانه اذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين
كما كان فيرجع به عليه وان لم يكن التوكيل مشروطا في الرهن
يعني ان ما ذكر من التفصيل على تقدير الاستحقاق وانما يثبت اذا اشترط
التوكيل في عقد الرهن واما اذا لم يشترط في عقد الرهن بل وكل الراهن
العدل بعد العقد وحكمه بحالها يرجع العدل على الراهن فقط
لا على المرتهن لان التوكيل اذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن
فلا يرجع عليه كما في الوكالة المجردة عن الرهن بان وكل انسانا
ببيع شيئا ويقضي دينه به ثم فعل ثم لحقه عهدة لم يرجع به على القابض بخلاف
الوكالة المشروطة في الرهن اذ تعلق بها حق المرتهن وكان البيع
واقعا لحقه وقد سلم له ذلك فجاز ان يلزمه الضمان قبض المرتهن ثمنه او لم يقبض
صورة عدم قبضه ان العدل باع الرهن بامر الراهن وضاع الثمن في يد العدل
بلا تعد ثم استحق المرهون فالضمان الذي لحق العدل يرجع به على الراهن
وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته
لانه متعد في حقه بالتسليم ويصير المرتهن مستوفيا بدينه لان الراهن ملكه باداء
الضمان فصح الايفاء وان يضمن المرتهن لانه متعد في حقه ايضا بالقبض
ويرجع المرتهن بها اي بالقيمة التي ضمنها وبدينه على الراهن اما
بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن بالتسليم واما بالدين فلانه انتقض قبضه باداء
الضمان فعاد حقه كما كان قال صاحب الهداية
فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن يرجع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت
لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق
الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي والجواب عنه ان المرتهن يرجع
على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن
العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك
نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك انتهى هكذا في الزيلعي والله اعلم

قال صاحب المغرب ابو خازم بالخاء المعجمة
وهو عبد الحميد بن عبد العزيز
قاضي بغداد اه

باب التصرف في الرهن والجناية عليه

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون بعد كونه رهنًا فكان متأخرًا طبعًا فاخره وضعًا بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن او قضائه دينه وعن ابي يوسف انه ينفذ لانه تصرف في ملكه فصار كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته او بقضائه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن وكونه متصرفًا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره والقياس على الاعتاق غير لازم لانه لا يقبل الرد لا الفسخ فان اجاز الراهن البيع صار ثمنه رهنًا مكانه وعن ابي يوسف ان المرتهن ان شرط ان يكون الثمن رهنًا عند الاجازة كان رهنًا والا فلا لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وانه مال اخر فملكه بسبب جديد فلا يصير رهنًا الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح ان الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه ومحل الحق وبدل له وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد المديون اذا بيع برضى الغرماء حقهم الى البدل من غير شرط بخلاف الاجارة فان الاجرة ليست بدلًا عن العين لان حقه في العين وهي بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها الا بالشرط وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه لا ينفسخ البيع في الاصح وينفسخ في رواية ابن سماعة حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لان التوقف مع المقتضي وهو صدوره من اهله في محله انما هو لصيانة حقه وحقه يصان بانعقاده موقوفًا واذا بقي موقوفًا فان شاء المشتري صبر الى ان يفك الراهن الرهن اذا العجز على شرف الزوال او رفع الامر الى القاضي ليفسخه لفوات القدرة على تسليم المبيع لان ولاية الفسخ له لا للمشتري فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل قبض المشتري فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع الى القاضي ولو باع الراهن من رجل ثم باعه من اخر قبل ان يجيز المرتهن فالثاني موقوف ايضًا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فايهما اجاز لزم ذلك وبطل الاخر وصح اعتاق الراهن الرهن وهو احد اقوال الشافعي وفي قول له لا ينفذ اذا كان المعتق معسرًا وفي قول اخر له لا ينفذ اعتاقه سواء كان المعتق موسرًا او معسرًا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فكان مردودًا كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفاذًا من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الاعتاق فكان اولى بالامتناع بخلاف ما اذا كان المعتق موسرًا على تلك الرواية لانه لا يبطل حقه في التضمين ولنا ان العتق صدر من اهله مضافًا الى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او اعتق الابق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وهو سبب الملك اما الشراء واما الارث وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال الملك في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما زال الاعلى زال الادنى ضرورة صح تدبيره واستيلاده لان كل واحد منهما ايضًا تصرف صدر عن الاهل ووقع في المحل فاذا نفذت هذه التصرفات بطل الرهن لفوات المحل فان كان موسرًا طولب بدينه ان كان حالًا لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة ولا فائدة فيه واخذت قيمة الرهن فجعلت رهنًا مكانه لو كان الدين مؤجلًا لان سبب الضمان قد تحقق وان صادف ملكه لانه تعدى على حق المرتهن فوجب الضمان ويكون رهنًا مكانه دفعًا للضرر عن المرتهن وحبسها الى حلول الاجل فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفي حقه من مال الغريم اذا ظفر بجنس حقه فان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان اقل منه رجع عليه بالزيادة

والعتق

وان كان معسرًا سعى العبد المعتق في الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المرتهن كان متعلقًا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بعتقه لان الخراج بالضمان ويرجع العبد بما سعى على سيده اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه وسعى المدبر وام الولد في كل الدين ان كان المولى معسرًا لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين والقيمة لان كسبه حق نفسه ولم يحتبس عنده الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن تعلق بالدين فلا يلزمه الزيادة بلا رجوع على المولى بما اداه بعد يساره لانهما اداه من ملك المولى بخلاف المعتق فانه يرجع لانه ادى من ملك نفسه وهو مضطر فيه على ما مر وان لم يرد فيه اي اتلف الراهن الرهن كالاعتاق موسرًا حتى يطالب بدينه ان حالًا واخذت قيمته وجعلت رهنًا مكانه لو مؤجلًا لقيامها مقام الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف وان اتلفه اجنبي ضمنه الاجنبي للمرتهن قيمته وكانت القيمة رهنًا مكانه لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا الاجنبي قيمته يوم هلك وتفصيله في الهداية والزيلعي ان شئت فراجعهما ولو اعار المرتهن الرهن من راهنه خرج من ضمانه لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالارتجاع فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي وبرجوعه يعود ضمانه حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وله اي للمرتهن الرجوع من الاعارة متى شاء لان عقد الرهن الا في حكم الضمان في تلك الحالة حتى لو مات الراهن قبل ان يسترده كان المرتهن احق به من سائر غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وانه لم يكن مضمونًا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته ولو اعاره احدهما باذن الاخر من اجنبي خرج من ضمانه ايضًا لما بيّنا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض فلو هلك في يده اي في يد المستعير هلك مجانًا لارتفاع القبض الموجب للضمان ولكل منهما ان يرده من المستعير رهنًا كما كان لان لكل منهما حقًا محترمًا فيه وهو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن على ما بيّنا فان مات الراهن قبل رده اي قبل رد المستعير الرهن الى المرتهن فالمرتهن احق اي بالرهن من سائر الغرماء لما بيّنا انفًا وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن او من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل ان يرهنه ثانيًا كان المرتهن اسوة للغرماء لان الرهن تعلق به حق محترم لازم بهذه التصرفات فبطل حكم الرهن ولا كذلك العارية لانها لم يتعلق بها حق لازم فافترقا والابتداع من احدهما باذن الاخر كالاعارة لانه غير لازم ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه ليعمل واستعمله باذنه فهلك حال الاستعمال سقط ضمانه عنه اي عن المرتهن لثبوت يد العارية وهي مخالفة ليد الراهن فانتفى الضمان وان هلك قبل الاستعمال او بعده فلا يسقط ضمانه عنه اما الاول فلبقاء يد المرتهن واما الثاني فلارتفاع يد العارية وعود يد الرهن وان اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك حالة العمل وادعى الراهن انه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن لانه منكر والبينة بينة الراهن لانه مدع وصح استعارة شيء ليرهن لان المالك رضي بتعلق دين المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يتعلق به ذمته بالكفالة فان اطلق رهنه بما شاء من قليل وكثير عند من شاء لان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصًا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة وان قيد بقدر او جنس او مرتهن او بلد تقيد به لانه لو عين قدرًا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه ولو عين جنسًا لا يجوز له ان يرهنه بجنس اخر وكذلك لو عين المرتهن لا يجوز له ان يرهن بمرتهن اخر ولو عين بلدًا بان قال ارهنه بالكوفة مثلًا لا يجوز له ان يرهنه بالبصرة لان التقييد مفيد

اما الاول فلان غرض الاحتباس بها تتيسر اداؤه فيمنع الزيادة وكذا النقصان لان غرضه ان
يصير مستوفيا للاكثر منها بلحقه عند الهلاك ليرجع عليه واما الثاني فقيل البعض بالاضافة
الى البعض وتتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ وقد يرضى الانسان بان يكون ماله
في بلد دون اخر لان الاماكن تتفاوت في الحفظ فان خالف فيهما كان ضامنا
فان شاء المعير ضمن المستعير فيتم عقد الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين مرتهنه لانه
ملكه بالضمان فتبين انه رهن ملك نفسه او ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمنه وبالدين على
المستعير الراهن ومر بيانه في الاستحقاق فلا نعيده فان وافق بان رهنه بمقدار ما
عينه او بجنس عينه او بمرتهن عينه او بالبلد الذي عينه وهلك عند المرتهن
صار مستوفيا دينه لو قيمته كالدين او اكثر او صار مستوفيا قدر قيمة الرهن
لو كان قيمته اقل من الدين وطالب المرتهن راهنه بباقيه ان بقي من الدين شيء لم يقع
الاستيفاء بالزيادة على قيمته ووجب للمعير على المستعير مثل الدين ان صار مستوفيا
لدينه بان كانت قيمته كالدين او اكثر لانه قضى دينه كله او قدر القيمة لو صار
مستوفيا قدر قيمة الرهن بان كانت قيمته اقل من الدين لانه قضى ذلك القدر من دينه
ولا يجب عليه قيمته مطلقا لانه قد وافق فلا يكون متعديا وحاصل هذا المحل
وتوضيحه انه اذا كان قيمة الرهن عشرة والدين عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين
وضمن المستعير للمعير الدين الذي اوفاه وهو عشرة وان كانت قيمته خمسة عشر
والدين عشرة فقد اخذ المرتهن كل الدين ايضا فيضمن المستعير للمعير الدين الذي
اوفاه اي العشرة ايضا ولا يضمن تمام القيمة لانه قد وافق فليس بمتعد وان كانت قيمته
عشرة والدين خمسة عشر فقد اخذ المرتهن بعض الدين وهو عشرة وبقي باقي الدين
على الراهن ويضمن المستعير للمعير قدر ما اوفاه من الدين وهو العشرة كذا في شرح الزيلعي
ولو هلك عند المستعير قبل الرهن او بعد فكه عن الرهن لا يضمن لانه لم يصر قاضيا
دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا وان كان قد استعمله قبل الاستخدام او بالركوب
او نحو ذلك لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي
ولو اراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك وليس للمرتهن
ان يمتنع من تسليم الرهن ويرجع بما ادى على الراهن لانه غير متبرع بقضاء الدين
لما فيه من تخليص ملكه فصار اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول ولو قال المستعير
هلك عندي قبل الرهن او بعد انفكاكه وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير
مع يمينه لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في قدر ما
امره بالرهن به فللمعير اي فالقول للمعير لان القول قوله في انكار الاصل فكذا في انكار الوصف
وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال
يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت
يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث وكذا جناية المرتهن عليه مضمونة فيسقط من دينه
بقدرها اي بقدر الجناية لانه اتلف مال الغير فلزمه ضمانه واذا لزم الضمان وكان الدين
قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي لان ما زاد على قدر الدين من القيمة كان امانة
وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة الوديعة اذا اتلفها المودع يلزمه الضمان
وجناية الرهن عليهما اي على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر عند ابي حنيفة
والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطأ في النفس او فيما دونها
واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع كذا في النهاية اما كون جنايته على الراهن
هدرا فلانها جناية المملوك على مالكه وهي فيما يوجب المال هدر لانه المستحق
فلا يثبت الاستحقاق له واما كون جنايته على المرتهن هدرا فلان هذه الجناية لو
لو اعتبرها المرتهن كان عليه التخليص منها لانها حصلت على غير ملكه

وفي الاعتبار

وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وانما سقطت لعدم الفائدة
في جناية لا توجب دفع العبد ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن
ودفعاه بالجناية الى المرتهن ويسقط الدين لان دفعه بالجناية يوجب هلاكه
فيسقط به الدين وهذا لو جنى على الاجنبي فدفع بها سقط الدين وان قال
لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله كذا في الزيلعي وجنايته على مال المرتهن
لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لان تلك الجناية
غير موجبة للدفع فلا يتملك المرتهن بها العبد فلا فائدة في اعتبارها في ايجاب المال
لان الجناية حصلت في ضمانه فعليه تخليصه منها فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب
التخليص عليه واما اذا كانت قيمته اكثر فعن ابي حنيفة انها تعتبر بقدر الامانة
لان الفضل ليس في ضمانه وعنه انها لا تعتبر لان الفضل وان لم يكن مضمونا لكن حكم الرهن
ثابت فيه وهو الحبس فصار بمنزلة المضمون كذا في الهداية وقال العلامة
في شرح المجمع نقلا عن الحقائق اجمعوا على ان العبد اذا كان بصفة مضمونا وبصفة امانة
بان كانت قيمته ضعف الدين فجنايته على المرتهن معتبرة فيقال للراهن ان شئت
فادفعه وان شئت فافده فان دفع قبل المرتهن بطل الرهن وصار العبد كله للمرتهن
وان اختار فداءه فنصف الفداء على الراهن ونصفه على المرتهن وما كان حصة
المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن يفدى والعبد رهن على حاله انتهى
ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف مؤجل فصارت قيمته مائة بان انتقص السعر
فقتله رجل فغرم قيمته مائة وحل الاجل يقبض المرتهن المائة قضاء عن حقه ويسقط
باقيه وهو تسعمائة ولا يرجع على راهنه بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر
لا يوجب سقوط الدين عندنا حتى كان له ان يطالب بجميع الدين عند رده الى
خلافا لزفر وهو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا
ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع اذا كان
في البيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشتري الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب على الغاصب
ضمان ما نقص بالسعر فيمنع رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات
جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء
من الدين بنقصان السعر بقي رهنا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته يوم
الاتلاف لان القيمة في ضمان الاتلاف تعتبر وقت الاتلاف لان الجابر بقدر
الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وهو وان كان
مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى يستحقه بسبب
المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن
لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في
الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن
ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة
ويبقى تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا التسعمائة بالهلاك
بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه
لا يؤدي الى الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسألة الاولى لانا جعلناه
مستوفيا للالف بمائة يؤدي الى الربا فجعلناه مستوفيا للتسعمائة
بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة وان باعه المرتهن بالمائة بامر
راهنه قبض المائة قضاء عن حقه ايضا ورجع عليه اي على الراهن بالباقي
وهو تسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه
ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى فكذا هنا

وان قتله اي العبد الذي يساوي الفا ولم يتراجع سعره عبد يعدل مائة
فدفع القاتل به اي بالمقتول افتكه الراهن بكل الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد هو بالخيار ان شاء دفعه اي العبد المدفوع الى المرتهن بدينه
ولا شيء عليه غيره وان شاء افتكه بالدين وقال زفر يصير رهنا
بمائة ويسقط الباقي وهو تسعمائة لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر الهلاك
الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقي الدين بقدره ولاصحابنا الثلاثة
ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما
وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا فكذا اذا قام المدفوع مكانه
ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن
كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب
يعني اذا استهلكهما عبد ودفع مكانهما تخير المشتري بين ان ياخذ بكل الثمن
وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وكذا المغصوب منه يتخير بين ان
ياخذ المدفوع مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المغصوب فكذا هنا
ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما
كما ذكرنا وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه
من المرتهن بغير رضاه ولو كان العبد تراجع السعر في هذه الصورة
حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف
وان جنى الرهن خطأ يعني اذا رهن رجل عبدا فقتل العبد قتيلا خطأ
فداه المرتهن لان ضمان الجناية على المرتهن والعبد كله في ضمانه فيقال
للمرتهن افد العبد من الجناية فان فداه اصلح رهنه وكان دينه
على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان وليس له ان يدفع
العبد الى ولي الجناية لانه لا يملك التمليك ولا يرجع على الراهن بشيء
من الفداء لان العبد كله مضمون والجناية حصلت في ضمانه فكان
عليه اصلاحها فلا يرجع فان ابى المرتهن ان يفدي دفع الراهن
الى ولي الجناية او فداه لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن الفداء
لقيام حقه فاذا امتنع من الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية
وحكمها التخيير بين الدفع والفداء وسقط الدين
ان اختار الدفع لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار الدفع كالهلاك
والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن وكذلك ان فدى
لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء
ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه
فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ان يبيعه
بذلك اي بالبيع لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر
لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ما له من غيره

فصل

هذا الفصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في اخر الكتب رهن عصيرا قيمته بعشرة
فتخمر ثم صار خلا ثم تخلل اي صار خلا وهو يساوي العشرة فهو رهن بها
اي بالعشرة وكان ينبغي ان يبطل الرهن اذ بالتخمر خرج من كونه صالحا للابتداء
اذ لم يبق مالا متقوما وانما لم يبطل لانه بصدد ان بالتخلل ولهذا اذا اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض لا يبطل البيع لاحتمال صيرورته خلا وكذا هنا
وان رهنت شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي
درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل
يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض
فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض
لا يعود قبل القبض ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول بعود البيع كذا في الهداية
ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا
مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك النماء هلك بلا شيء
لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لا تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ
لا يتناولها وان بقي النماء وهلك الاصل افتك بحصته من الدين يقسم الدين على قيمة
الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك بالفتح والكسر لان الرهن يصير مضمونا
بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا
صار مقصودا كولد المبيع فانه قبل القبض لا حصة له من الثمن واذا قبضه المشتري
وصار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن فما اصاب الاصل سقط وما اصاب
النماء افتك به وتوضيحه انه رهن رجل من اخر جارية تساوي الفا بالف فولدت
ولدا يساوي الفا مثلا فالدين يقسم عليها وعلى الولد نصفين نصف بمقابلة الجارية
ونصف بمقابلة الولد بشرط بقاء الولد الى وقت الفكاك حتى لو هلكت وبقي
الولد الى وقت الفكاك هلكت بما فيها من الدين وفك بخمسمائة درهم ويبقى الولد
بخمسمائة بالشرط الذي ذكرناه وتصح الزيادة في الرهن مثل ان يرهن ثوبا بعشرة
يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا اخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة
ولا تصح الزيادة في الدين مثل ان يستقرض خمسمائة اولا ثم يقول اقرضني خمسمائة اخرى
على ان يكون الثوب الذي عندك رهنا بالف فلا يكون الرهن رهنا بها عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف فانه يقول بجواز الزيادة في الرهن ايضا لانه يؤدي الى الشيوع
لانه لا بد للرهن الثاني ان يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الاول بعضه من ان
يكون رهنا ومضمونا وذلك شائع والشيوع مفسد للرهن ولابي يوسف
ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة بهما كما في البيع
والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة وامكان الالتحاق فيهما كالبيع ولابي حنيفة ومحمد
ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن لان الزيادة يثبت فيه ضمان الدين الثاني فيكون بعضه مضمونا
وبعضه مضمونا بالدين الاول وذلك البعض شائع فلا يجوز بخلاف الزيادة في الرهن
لانها توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثاني لان الدين ينقسم عليهما فيصير الشيوع
في الدين لا في الرهن وذلك غير مانع لصحة الرهن الا يرى انه لو رهن شيئا بخمسمائة من الف
درهم عليه جاز ولو كان الشيوع في الدين يمنع لما جاز والالحاق باصل العقد غير ممكن
في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى
الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون في المعقود عليه كالمبيع او في المعقود به كالثمن
لا في غيره لانه ليس باصل البدلين والزيادة تختص بهما ثم المراد بقوله ان الزيادة
في الدين لا تصح انه لا يكون رهنا بالزيادة كما انه يكون رهنا باصل الدين فاما نفس
زيادة الدين على الدين فصحيح لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا

وان رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه عبدا يعدلها ان الاول فالاول رهن حتى يرده المرتهن الى راهنه والمرتهن امين في العبد الثاني حتى يجعله مكان الاول يرد الاول لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا بنقض القبض فاذا كان الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رد الاول دخل في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الراهن على الاول يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا يظنها جيادا ثم علم انها زيوف وطالب بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين

ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه فهلك الرهن في يد المرتهن هلك بلا شيء استحسانا لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا لو ارتهنت المرأة بصداقها فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله تعالى قبل الدخول بها او اختلعت منه ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء ولم يسقط الدين

ولو قبض المرتهن دينه او بعضه منه اي من الراهن او من غيره او شرى به اي بالدين عينا منه او صالح عنه اي عن الدين على شيء او احتال به اي بالدين على اخر ثم هلك الرهن قبل رده الى الراهن هلك بالدين ويرد ما قبض الى من قبض منه في غير صورة الحوالة وهو من عليه الدين او المتطوع وتبطل الحوالة في صورة الحوالة اما في غير صورة الحوالة فللفرق بين الابراء والاستيفاء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا لوجود المسقط وبالاستيفاء لا يسقط لان بالاستيفاء لا ينعدم الدين بل يكون لكل منهما على الاخر حق لكن الطلب يسقط لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله يعني كلما طلب الدائن عين دينه يطلب المديون منه عين ما ادى به الدائن فلا ينقطع المطالبة من الجانبين وهذا معنى قولهم ان الديون تقضى بامثالها فاذا هلك الرهن تقرر الاستيفاء الاول لان يد المرتهن يد استيفاء يتقرر ذلك بالهلاك فاذا هلك تبين ان الاستيفاء وقع مكررا فيرد ما قبض الى من ادى واما في صورة الحوالة فلان بالحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا وكذا الحكم يهلك الرهن بالدين في الصورة المذكورة يهلك ايضا لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك الرهن هلك بالدين لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموعود وقد بقيت الجهة لاحتمال ان يتصادقا على قيام الدين بعد تصادقهما على عدم الدين

كتاب الجنايات

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها والجنايات جمع جناية وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وفي الصحاح جنى عليه جناية والتجني مثل التجرم وهو ان يدعي عليه ذنبا لم تفعله وجنيت الثمرة اجتنيتها جنيا واجتنيتها بمعنى والجنى ما يجتنى من الشجر وثمر جني على فعيل وبالجملة فالجناية وان كان مصدرا الا انهم ارادوا بها في المتعارف ما يجنيه اي يكسبه من شر فهو تسمية بالمصدر ثم هو عام في كل فعل شنيع والا ان الفقهاء خصصوه بالفعل المحرم وتفصيل ذلك ان الفعل الضار الصادر من الجاني الواقع على غيره اما ان يقع على النفس او على الطرف او على المال او على العرض فالذي يقع على المال يسمى غصبا وقد فصل احكامه في كتابه والذي يقع على العرض فان كان بالمشافهة فهو قذف واهانة وان كان بدون حضوره فهو غيبة وعلى كل تقدير فان تضمن حكما شرعيا ملزما فهو من الحدود وقد سبق تفصيله في الاصلية ومنه اسقاطه والبحث خارج عن الفقه وبقي الاول والثاني فالاول يسمى قتلا وانواعه خمسة عمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ والقتل بسبب على ما سيأتي عن قريب والثاني يسمى جناية فيما دون النفس قال صاحب النهاية ثم محاسن الجنايات هي المحاسن المذكورة في الغصوب والحدود باتيان العبارات وذلك لان من شرع الزواجر قمع الطباع العادية الموصوفة بالعزة وظلف النفوس الامارة بالسوء ومن محاسن الجنايات على الخصوص هو ان شرع في ابقاء الحي كما كان ولا شك لاحد ان في القصاص معنى الحياة شرعا واستيفاء اما شرعا فان من قصد قتل عدوه اذا تفكر في عاقبة امره انه اذا قتله قتل به انزجر عن قتله فكان حياة لهما واما استيفاء فان القاتل بغير حق يصير لاولياء القتيل خوفا على نفسه منهم فهو يقصد افناءهم لازالة الخوف عن نفسه فالشرع يمكنهم من قتله قصاصا لدفع شره عن انفسهم واحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه ففي استيفاء قصاص واحد حياة لاولياء القتيل وان كثروا ومن محاسنها ايضا ايعاد الله تعالى باقصى العقوبة في الدنيا والاخرة ليكف الناس عن الاقدام في القتل اما في الدنيا فبقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فالاماتة بطريق العقوبة في الدنيا واما في الاخرة فبقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الاية ومن محاسنها معرفة عظم رحمة الله تعالى ورأفته في حق العباد حيث جعل حرمة القتل اشد من حرمة اجراء كلمة الكفر على اللسان حيث رخص اجراء كلمة الكفر في الاكراه الكامل ولم يرخص قتل المؤمن بغير حق ومن في معناه لا في اكراه الكامل ولانه وجه من الوجوه القتل هو فعل مؤثر في ازهاق الروح وهو على ما ذكر في المبسوط ثلاثة اقسام عمد وخطأ وشبه عمد وكان ابو بكر الرازي يقول وهو خمسة اقسام عمد وشبه عمد وخطأ وجار مجرى الخطأ وقتل بالسبب واختاره المتأخرون والمراد به بيان انواع قتل تتعلق به الاحكام الاتية من القصاص والدية والكفارة والحرمان من الارث والا فللقتل انواع كثيرة كالرجم والقصاص وقتل الحربي والقتل صلبا في حق قطاع الطريق اما عمد وهو ان يقصد ضربه بما يفرق الاجزاء من سلاح او محدد من حجر او خشب او ليطة بكسر اللام وبالطاء المهملة قشر القصب او حرقه بنار لان العمد وهو القصد فعل القلب ولا يوقف عليه الا بالدليل وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وهذا عند ابي حنيفة وعندهما وهو قول الشافعي ان يتعمد ضربه بما يقتل غالبا حتى لو ضربه بحجر كبير او خشب كبير لا تطيق البنية بمثل هذا الضرب لا يكون عمدا عند ابي حنيفة ويكون عمدا عندهما

وموجبه اي موجب العمد الاثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية
وقال صلى الله عليه وسلم سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر وقال صلى الله عليه وسلم
لزوال الدنيا اهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته بعرفات
الا ان دماءكم واموالكم محرمة عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا
في معنى هذا وغير ذلك من الاحاديث الواردة وعليه انعقد الاجماع
والقصاص لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس الآية ليس مطلقا بل مقيد بوصف العمدية لقوله صلى الله
عليه وسلم العمد قود اي موجبه وقد اوجب الله تعالى في القتل الخطأ الدية بقوله ومن
قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ولان القتل قصاصا نهاية
العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطأ وشبه العمد
فلا يوجب العقوبة المتناهية عينا اي متعينا وقال الشافعي القصاص غير متعين فيه
بل الولي مخير بينه وبين اخذ الدية لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فهو بخير النظرين
اما ان يقتل واما ان يؤدى وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته يوم فتح مكة
فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فاهله بين خيرتين ان يأخذوا العقل وبين ان
يقتلوا وهذا نص على التخيير ولنا ما تلونا وما روينا والمراد به القتل العمد على
ما بينا والالف واللام في قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود للجنس لعدم العهد
فيقتضي ان جنس العمد موجب القود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو
لا يجوز والى هذا المعنى اشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه
ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى اذ الآدمي خلق
مكرما متحملا للتكاليف ومشتغلا بالطاعة وليكون خليفة في الارض والمال خلق
لاقامة مصالحه ومبتذلا في حوائجه فلا يصلح جابرا له وقائما مقامه والقصاص يصلح
لانه قتل بقتل وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والثاني فيه كالاول ولهذا
سمي قصاصا وبه تحصل منفعة الاحياء بكونه اجرا لا باخذ المال فتعين موجبا ثم
ولهذا يضاف ما وجب من المال في قتل العمد الى الصلح ولو كان القتل عمدا موجبا
للمال لما اضيف الى الصلح والمراد بما روي والله اعلم ثبوت الخيار للولي عند اعطاء
القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال
للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا
ومعناه انه لا يأخذه غير جنسه الا برضا المديون وهذا شائع في الكلام
الا يرى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي لا تأخذ الا
سلمك عند المضي في العقد ولا تأخذ الا رأس مالك عند التفاسخ ومعلوم
انه لا يأخذ رأس ماله الا برضا الآخر لان الفسخ لا يتم الا بتراضيهما فاذا
كان المراد بالحديث ذلك او احتمله لا يبقى حجة والذي يدل على ذلك
ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال كان القصاص في بني اسرائيل
ولم تكن الدية فقال عز وجل كتب عليكم القصاص في القتلى
الحر بالحر الى قوله فمن عفي له من اخيه شيء والعفو ان يقبل الدية في العمد
ذلك تخفيف من ربكم مما كان كتب على من كان قبلكم
فاخبر ان في بني اسرائيل لم يكن فيهم دية اي كان ذلك حراما عليهم فخفف الله تعالى
عن هذه الامة وشرع ذلك بقوله فمن عفي له من اخيه شيء الآية وبينه النبي
صلى الله عليه وسلم على هذه الجهة بل بينها بقوله ومن قتل له قتيل فهو بالخيار
بين ان يقتص او يعفو او يأخذ الدية التي ابيحت لهذه الامة وجعل لهم اخذها [illegible]

وعن انس رضي

وعن انس بن مالك رضي الله عنه ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال
صلى الله عليه وسلم حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير
ولو كان المال واجبا لخير اذ من وجب له احد الشيئين على الخيار لا يحكم له باحدهما
معينا وانما يحكم له بان يختار ايهما شاء والذي يحققه ان الولي لو عفا عن القصاص
قبل اختياره القصاص صح عفوه فلو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل
تعينه باختياره اذ العفو عن الشيء قبل وجوبه باطل الا ان يعني لا يعفو الولي
القصاص الا ان الحق له ومن هنا يجوز الصلح عنه ببدل ايضا ولا كفارة فيه
اي في العمد عندنا وقال الشافعي تجب اعتبارا بالخطأ بل اولى لانها شرعت
لمحو الاثم وهو في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجابها ولنا ان الكفارة دائرة
بين العبادة والعقوبة فلا بد ان يكون سببها ايضا دائرا بين الحظر والاباحة
لتتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة
فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا ولا يمكن قياسه على الخطأ
لانه دونه في الاثم فشرعها لدفع الادنى لا يدل على شرعها لدفع الاعلى ولان في
قتل العمد وعيدا بنص قاطع لا شبهة فيه ولان الكفارة من المقدرات
فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم
كان موجبه اذ هو مذكور في سياق الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخا
ولا يجوز بالرأي كذا في الزيلعي يقول الفقير في الدليل الاول بحث [illegible]
تدبر في جوابه قال صاحب النهاية ولا كفارة في العمد عندنا سواء كان عمدا يجب فيه
القصاص او لا كالاب اذا قتل ابنه عمدا ورجل قتل من اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا
واما شبه عمد وهو ضربه قصدا بغير ما ذكر في العمد والذي ذكر في العمد
عند ابي ح السلاح والمحدد فغيره غير المحدد كالحجر والعصا وعندهما ما هو يقتل غالبا
فغيره ما لا يقتل به غالبا وانما سمي هذا النوع شبه عمد لان فيه قصد الفعل لا القتل
فكان عمدا باعتبار نفس الفعل خطأ باعتبار القتل وعدم قصده اليه فكان خطأ
لان الآلة التي استعملها ليست بآلة القتل والعاقل انما يقصد الى كل فعل
فاستعمال غير آلة القتل يدل على عدم قصده اليه فكان خطأ شبه العمد
وموجبه الاثم لقصده ما هو محرم شرعا والكفارة لانه خطأ من وجه نظرا الى الآلة
فيدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ قال صاحب النهاية قال صاحب الاصلاح
والايضاح وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد على قول ابي ح
فان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف
وجوابه على الظاهر انه اثم الضرب لانه قصده لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة
تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب الاترى انها لا تجب بالضرب بدون القتل
فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب والدية المغلظة وجوبها
على العاقلة لا القود اما وجوب الدية المغلظة فلقوله صلى الله عليه وسلم
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل
ولما روى ابن المسيب وابو سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال اقتتلت امرأتان
من هذيل فضربت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة وقضى بدية المرأة على عاقلتها
وورثها ولدها واما وجوبها على العاقلة فلانه خطأ من وجه فيكون معذورا فيستحق
التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطأ وهو اي شبه العمد
فيما دون النفس الاطراف عمد يعني اذا جرح عضوا بآلة غير جارحة وجب فيه القصاص
ان كان مما يراعى فيه المماثلة فليس فيما دون النفس شبه العمد كما كان في النفس لان اتلاف النفس يختلف

قلت القائل الزيلعي والذي يدل على هذا ما روي عن انس بن مالك رضي الله عنه
ان عمته الربيع لطمت جارية فانكسرت ثنيتها فطلبوا منهم العفو فابوا فطلبوا الارش
فابوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالقصاص فقال انس بن النضر رضي الله عنه أتكسر ثنية الربيع والذي
بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال صلى الله عليه وسلم يا انس كتاب الله القصاص
فرضي القوم وعفوا وقبلوا الارش فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
من عباد الله من لو اقسم على الله لابره ووجه دلالته على ما نحن فيه انا علمنا ان
اللطمة لو على النفس لا توجب القصاص ورايناها فيما دون النفس قد اوجبه
بحكمه عليه السلام فثبت بذلك ان ما كان في النفس شبه عمد وهو عمد في ما دونها
واما خطاء عطف على قوله اما عمد او على قوله اما شبه عمد وهو اي الخطا قسمان اما
خطأ في القصد بان يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو آدمي معصوم
فانه لم يخطأ في فعل الرمي حيث اصاب ما قصد رميه وانما اخطأ في القصد اي
في الظن حيث ظن الآدمي صيدا والمسلم حربيا او خطأ في الفعل بان يرمي غرضا
فيصيب آدميا فانه اخطأ في الفعل لا في القصد فيكون معذورا ولا اختلاف في الحكم
بخلاف ما لو تعمد ضرب موضع في جسده فاصاب موضعا آخر منه فمات
حيث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى المقصود فلا يعذر
وانما صار الخطأ نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح
فيحصل في كل منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر وبالاجتماع بان يرمي آدميا يظنه صيدا
فاصاب غيره من الناس كذا في الزيلعي
واما ما اجري مجرى الخطأ كنائم انقلب على آخر فقتله او سقط من السطح
عليه فقتله او سقط من السطح عليه فقتله فان هذا ليس بخطأ حقيقة
لعدم قصد النائم الى شيء حتى يكون مخطئا لمقصوده لكن لما وجد فعله حقيقة
وجب عليه ضمان ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطأ لانه معذور
وموجبهما اي موجب الخطأ مطلقا وموجب ما اجري مجرى الخطأ الكفارة والدية على العاقلة
اما كونهما حكم الخطأ فلقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وقد قضى بها عمر رضي الله عنه
بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع واما كونهما حكم الجاري مجرى الخطأ فلكونه
في حكم الخطأ وفي هذا النوع من القتل لا ياثم اثم القتل وانما ياثم اثم ترك التحرز والمبالغة
في التثبت والاحتياط لان الافعال المباحة لا يجوز مباشرتها الا بشرط ان لا يؤذي
احدا فاذا اذى فقد تحقق ترك التحرز فياثم ولفظ الكفارة ينبئ عن ذلك لانها ستارة
ولا ستر بدون الاثم واما قتل بسبب اي بكونه سببا للقتل وهو القتل بسبب
نحو ان يحفر بئرا او يضع حجرا في غير ملكه قيد للحفر والوضع كليهما بلا اذن من مالكه
فيهلك به انسان لان يمشي اليها الله عليه بعد علمه بالحفر والوضع فانه لا يلزم على الحافر ونحوه
وقيد بقوله في غير ملكه وبقوله بلا اذن لانه اذا كان في ملكه او كان باذن مالكه لا يلزمه شيء
وموجبه الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فجعل كالموقع في البئر والدافع
فتجب الدية صيانة للانفس وتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل
فيكون معذورا فيجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطأ بل اولى
لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا يجب الكفارة وعن هذا قال لا الكفارة
لان القتل معدوم منه حقيقة لكن الحق في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل
وكلها اي كل انواع القتل يوجب حرمان الارث الا هذا اي القتل بالسبب فانه لا يوجب حرمانا
كما لا يوجب الكفارة لانهما جزاء القتل ولا قتل في هذا وقال الشافعي يلحق
بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا لنا ان ما بينا ان القتل معدوم منه حقيقة

باب التعزير

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج
الى التفصيل في ذلك فبوب بابا على حدة يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم بقيد حقن الدم
ان يسفك على التأبيد لان القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية
فلا يجب مع الشبهة واحترز به عن المستأمن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب
فلا يكون محقون الدم على التأبيد فلا يتحقق المساواة المبني عليها القصاص
عمدا قيد للقتل واحترز به عن سائر انواع القتل فيقتل الحر بالحر لتمام المماثلة ويقتل
بالعبد وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا
يقتضي مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص
يعتبر المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية امارة القدرة والمملوكية
امارة العجز قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولا مساواة بينهما ولنا
الاطلاق في قوله تعالى ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله الحر بالحر
العبد قرد ولا يعارض ما تلا لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل المطلق
على ان مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد لا ينافي مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض
على موافقة حكم وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي في الاية فانه قابل الذكر بالذكر والانثى بالانثى
ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى فكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد
فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع العكس ايضا ويقتل المسلم بالذمي وقال الشافعي لا
لما روى الشعبي عن ابي جحيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
علم غير القرآن قال والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى
ما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وان لا يقتل مسلم بكافر
وعن قيس بن عباد قال انطلقت انا الى علي كرم الله وجهه فقلت هل عهد اليك رسول الله
عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه
فاذا فيه المؤمنون تتكافؤ دماؤهم ولا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده
ولانه لا مساواة بينهما لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة ولان الكافر
قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه ولا مساواة بين الميت والحي ومن الحي
بخلاف ما اذا قتل ذمي ذميا ثم اسلم القاتل حيث يقتل به لوجود المساواة بينهما وقت
ولان الكفر مبيح للقتل في الجملة فاورث شبهة كالملك فانه مبيح للوطء في الجملة ثم هو
يورث شبهة في الاخت من الرضاع حتى لا يحد اذا وطئها بملك اليمين ولنا ما تلونا
وما رويناه في السنة فانه بالاطلاق يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن السلماني ومحمد بن المنكدر
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من اهل الذمة فامر به
فقال انا اولى من وفى بذمته ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا
الى التكليف لان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا
وذلك بان يكون محرم التعرض ولان الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب الاترى
انه لا يقاتل منهم لاجل الكفر كالشيخ الفاني والذراري وقد انقطع الحراب بعقد الذمة فكان معصوما
ولهذا يقتل الذمي بالذمي ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن
وقد قال علي كرم الله وجهه وانما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وذلك
بان يكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كانت في عصمته شبهة
لما قطع وكان اولى ان يقتل به لان النفس اعظم من المال الا يرى ان العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل
والدليل على ما قلنا ان الذمي لو قتل ذميا ثم اسلم القاتل يقتل به بالاجماع وهنا قتل
فلولا ان المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمي ابتداء لما دام الوجوب لان حالة البقاء في مثل هذا
معتبرة بالابتداء تعظيما لامر الدم الا يرى ان الصلح عن الرجوع كلما فات ترجع العباد امر الله تعالى ثم ما ت من

ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده اي بكافر حربي والمراد
بذي العهد هو الذمي على ما تقدم تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربي لان الذمي انما يقتل
بما يقتل به فعلم ان المراد به الحربي اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي لا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا
اي لا يقتل فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين احدهما ان ذو عهد مرفوع
وفي عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام
كما يقال قام زيد وعمرو او يقال قتل زيد بعمرو وخالد اي كلاهما قاما او قتلا ولا يجوز ان يقدر له خبر آخر
والثاني ان المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل
فكذا الثاني تحقيقا للعطف ولا يقال معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا ابن ذي عهده اي لا يقتل بكافر
ولا ابن ذمي لانا نقول لو اريد ذلك المعنى لكان لحنا اذ لا يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا يجوز
نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه افصح الفصحاء ولا يقال وقع ذي عهد بالجر في بعض
فيكون معطوفا فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح ذلك فهو للمجاورة لا للعطف عليه
حتى يشاركه في الحكم فحملناه عليه توفيقا بين الروايتين كذا في الزيلعي وفيه تفصيل
آخر طويل ان شئت فراجعه ولا يقتلان اي المسلم والذمي بمستأمن غير معصوم الدم لعدم
المساواة بل يقتل المستأمن بمثله قياسا لوجود المساواة بينهما واستحسانا لوجود المبيح
ويقتل الذكر بالانثى قال صاحب النهاية قال صاحب الكشاف ان مالكا والشافعي لا يقتل
الذكر بالانثى ذكره في تفسير قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية لكن هذا
مخالف لرواية عامة الكتب فان فيها عند الشافعي يقتل الذكر بالانثى حتى احتج علينا علماؤنا
بهذه المسئلة فيما تمسك بقوله الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى على ما ذكر في المبسوط
ويقتل العاقل بالمجنون والبالغ بغيره والصحيح بغيره كالاعمى والزمن وكامل الاطراف
بناقص الاطراف لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيما هو المعتبر في هذا الباب ولو اعتبر
المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولظهر العنف والنفاق وللعمومات
الواردة فيه كقوله تعالى ان النفس بالنفس وامثاله ويقتل الفرع باصله وان علا للعمومات ولما ذكرنا
من المعاني مع عدم المسقط لا يقتل الاصل بفرعه سواء كان الاصل ابا او اما او جدا او جدة وان علا
لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده الحديث ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور
شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بسبب ولده
لانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده في صف
وقال مالك يقتص من الوالد اذا ذبح ولده لانه قتل ولده عمدا بلا تاويل فيجب القصاص بخلاف ما لو رماه
لاحتمال ان يكون ضربه للتاديب فصار شبه عمد فاورث شبهة ولنا ما روينا وهو حجة
بل تجب الدية في مال الوالد القاتل لانه قتل ابنه عمدا والعاقلة لا تعقل العمد في ثلث سنين
وقال الشافعي تجب في الحال لان التاجيل للتخفيف في حق الخاطئ وهذا عامد
ولنا ان المال ليس بمماثل للنفس فكان القياس ان لا يكون بدلا عنها الا ان الشرع ورد به
مؤجلا فلا يعدل عنه ولا السيد بعبده ومدبره ومكاتبه لآخر الحديث الذي رويناه
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا السيد بعبده والمدبر والمكاتب في حكم العبد ولا بعبد ولده اي لا يقتل الوالد
لانه لا يستوجب لنفسه القصاص على نفسه وكذا لا يستوجب ولده عليه القصاص وعبد بعضه له اي
ولا يقتل بقتل عبد بعضه له وبعضه لآخر لان القصاص لا يتجزى وان ورث قصاصا على ابيه بان قتل
او قتل الاب اخا لا ام ثم ماتت امرأته قبل ان يقتص منه فان ابنها يرث القصاص الذي لها على ابيه
سقط القصاص لما ذكر ان الابن لا يستوجب العقوبة على ابيه لحرمة الابوة ولا قصاص على
شريك الاب وشريك المولى وشريك المخطئ وشريك الصبي وشريك المجنون وشريك كل من
لا يجب القصاص بقتله كشريك الحربي ونحوها لانه قتل حصل بشيئين احدهما غير موجب للقتل
وهو لا يتجزى فلا يجب لان الاصل في الدماء الحرمة والنصوص الموجبة للقصاص مختصة بحالة الانفراد
وموضع يكون القصاص فيه جزاء هذا الاسم (?) فلا ... وانما النص كما في الاختيار

وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يلي
والراهن لو تولاه وحده لبطل حق المرتهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه
وان قتل مكاتب عن وفاء وله وارث مع سيده فلا قصاص في قولهم
جميعا لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كان الحق للوارث وان مات عبدا فالقصاص للمولى
وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضي الله عنهم فالقصاص للمولى
وان لم يكن له وفاء يقتص سيده سواء كان مع السيد وارث او لا لانه مات عبدا بلا ريب
لانفساخ الكتابة وكذا يقتص المولى ان كان له وفاء لا وارث غير سيده
عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فانه قال لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق قد اختلف
على التقديرين لان المولى يستحقه بالولاء ان مات حرا وبالملك ان مات عبدا فاشتبه الحال
لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط اصلا قصاصا كما لو قال العبد بعتني
هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتكها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب
ولهما ان المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم والحكم وهو
استيفاء القصاص ايضا متحد معلوم واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى
حكم فلا يبالي به بخلاف المسئلة المستشهد بها لاختلاف حكم السببين لان حكم ملك
اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولا قصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل
ان قتله بفعل مشروع ثم اذا مات بذلك فبها وان لم يمت يجز رقبته لان المعتبر
في القصاص المساواة ولهذا سمي قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواطة
وسقي الخمر اختلف مشايخه فيه قال بعضهم يتخذ له مثل آلة من الخشب ويفعل
وسقي الماء في سقي الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات فبها والا يجز رقبته لانه اقرب المماثلة
وقال بعضهم يجز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف
والتحريق (?) فانه مشروع وهو بالحجر وكذا قتال الكفار يكون بالسيف ونحوه واستدل
على ذلك بما روي عن انس رضي الله عنه ان يهوديا رضخ رأس صبي بين حجرين فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يرضخ رأسه بين حجرين وبقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به وبان فيه تحقيق
القصاص الذي ينبئ عن المماثلة فيجب تحقيقا للمساواة ذاتا ووصفا ولنا ما
رواه سفيان الثوري باسناده عن النعمان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف
والمراد به الاستيفاء لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف لانه يجب ايضا بغيره كالنار
فدل ذلك على ان الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه قتل واجب فيستوفى كقتل المرتد وهذا
لان القتل المستحق لا يستوفى الا بما يتخلف عنه الموت فلو قطعت يده لا يموت الا
وهي مجروحة فلا يكون مشروعا ولانه مثلة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها
وقال صلى الله عليه وسلم ان الله عز وجل كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم
فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته
فامر النبي صلى الله عليه وسلم بان يحسنوا القتلة وان يريحوا ما احل الله لكم ذبحه
من الانعام فما ظنك في الآدمي المحترم المكرم وما رواه يحتمل وجهين احدهما
ان يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة او يكون اليهودي ساعيا في الارض بالفساد
فيقتل كما يراه الامام لكونه اردع وهذا هو الظاهر والمراد بما تلا
نفي الزيادة من جهة ما روي عن ابن عباس وابي هريرة رضي الله عنهم انه
لما قتل حمزة رضي الله عنه ومثل به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فانزل الله عز وجل
وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين
فقال صلى الله عليه وسلم بل نصبر وكفر عن يمينه اه

ولولي المعتوه الذي سبق تفسيره في كتاب الحجر ان يقتص من قاطع يده وقاتل قريبه
يعني اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا او قتل قريبه كولده فولي المعتوه يعني ابوه
يقتص من جانبه لان له ولاية على نفسه فيلي الاقتصاص كالانكاح للتشفي
يقول الفقير قال الفاضل الزيلعي لابي المعتوه الاقتصاص لان القصاص شرع
ودرك الثار لان الاب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له كالحاصل للابن
ولهذا يعتبر ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف الاخ وامثاله حيث لا يكون لهم ولاية
استيفاء قصاص وجب للمعتوه انتهى ولو قال لابي المعتوه بدل قوله ولولي
المعتوه على ما وقع في سائر الكتب لكان اولى والله اعلم • تدبر وله
ان يصالح لانه انفع للمعتوه من الاستيفاء فلما ملك الاستيفاء فلان يملك الصلح اولى
لكن هنا اذا صالح على قدر الدية او اكثر منه وان صالح على اقل لا يصح وتجب
الدية كاملة كذا في الزيلعي لا ان يعفو لانه ابطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة
والصبي كالمعتوه في جميع ما ذكر والقاضي كالاب في الصحيح
في الاحكام المذكورة الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي
بمنزلته فيه يقول الفقير ثم الظاهر ان قوله في الصحيح اشارة الى قول اخر ليس القاضي كالاب
لكنهم لم يتعرضوا له في المتون ولا في شروحها فلا بد من بيانه كما هو دأبهم في مثله
نعم قال فخر الدين قاضيخان واما القاضي فكذلك في بعض الروايات عن محمد
ان القاضي لا يستوفي القصاص للصغير لا في النفس ولا فيما دون النفس وله ان يصالح انتهى
فالظاهر ان قولهم في الصحيح احتراز عن هذه الرواية وكذا الوصي الا انه اي الوصي
لا يقتص في النفس قال صاحب الهداية والفاضل الزيلعي والوصي بمنزلة الاب في جميع ما ذكرنا
الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا الاستيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس
ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف
انه لم يستثن الا القود في النفس وذكر في كتاب الصلح من المبسوط ان
الوصي لا يملك الصلح في النفس لان الصلح فيها بمنزلة استيفاء القصاص
لانه تصرف في النفس اعتياضا عنها فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور
وهو المذكور في الجامع الصغير ان المقصود منه المال وانه يجب بعقده كما يجب
بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو
لان الاب لا يملكه لان فيه ما فيه من الابطال بل اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي
الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي
وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت
وقاية للنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال انتهى
ومن قتل وله اولياء كبار وصغار بان كان للمقتول ابن صغار وكبار
او اخوة صغار وكبار فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار عند
ابي حنيفة خلافا لهما فانهما قالا ليس للكبار ان يقتلوا القاتل قبل ان يبلغ الصغار لانه
مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفاء الكبار الكل
ابطال حق الصغار بغير عوض فيتعين التاخير الى ادراكهم كما اذا كان
بين الكبيرين واحدهما غائب بخلاف ما اذا عفا الكبير حيث يصح ولابي حنيفة ما روي
ان عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا رضي الله عنه قتله الحسن وقد كان في اولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم
وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة
فيثبت لكل واحد منهم كملا كما في ولاية النكاح بخلاف ما اذا كان منهم كبير غائب لانه اذا استوفى
بعضهم فيه مع غيبة شريكه لاحتمال العفو من الغائب وفي الصغار احتمال العفو منقطع في الحال فافترقا

وعن هذا قال

وعن هذا قال ولو غاب احد الكبار ينتظر حضوره اجماعا لما بينا انفا من احتمال العفو
ومن قتل بحديدة المر بفتح الميم وتشديد الراء المهملة الة يحفر بها الارض فيها
بالرجل بيناله بالتحريك بيل اقتص منه ان جرحه لانه اذا وجد الجرح كمل السبب
وان اصابه بظهره اي بظهر المر او عصاه فلا يقتص وعليه الدية عند ابي حنيفة
وعندهما يقتص وهو رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للالة وهو الحديد لانه معد لذلك
قال تعالى وانزلنا الحديد فيه باس شديد وقال تعالى ولهم مقامع من حديد
وكذا الخلاف في مثقل وفي التغريق والخنق يعني لا يقتص عند ابي حنيفة وعندهما
يقتص لوجود القتل بغير حق ولابي حنيفة ان القصاص يتعلق بالعمد المحض وهو ان يقتل
بالجارحة ليعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا ولم يوجد والقود يستوفى بالسيف
وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتماثلان والحاصل ما ذكر في الكتاب ان العمد عند ابي حنيفة
ان يتعمد ضربه بما يفرق الاجزاء من سلاح او محدد من خشب او حجر او ليطة او حرق بنار
وعندهما وهو قول الشافعي ان يتعمد ضربه بما يقتل غالبا او بفعل ما لا تطيق البنية
وان تكرر منه اي من القاتل قتل اجماعا لكن قال صاحب الاختيار وان تكرر منه ذلك
فللامام قتله سياسة لانه سعى في الارض بالفساد ولا قصاص في القتل بالسوط لانه ضرب
وقال الشافعي فيه قصاص لان الموالاة في ضرب السوط الى ان مات دليل العمدية فيتحقق
موجب العمد وهو القصاص ولنا ما روينا وهو الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل وان هذه الالة غير موضوعة للقتل
ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص من جارحه لوجود السبب
وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لا القصاص لانه
لان هذا احد نوعي الخطأ وهو الخطأ في القصد والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب
ولما اختلف سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فوهبها ابو حذيفة قالوا انما تجب الدية اذا كانا الصفان مختلطين وان كان في صف
المقتول على ظن انه مشرك في صف المشركين لا تجب الدية لسقوط عصمته بتكثير
قال صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم وان علم انه مسلم بعينه
فتعمده بالرمي وهو يعلم حاله يجب القود قياسا لانه عمد محض وفي الاستحسان
لا لان كون المقتول في موضع اباحة القتل يصير شبهة في اسقاط القصاص
فلو اختلفا فقال ولي المقتول قصدته بعينه بعد ما علمت انه مسلم مكره من جهتهم
في الوقوع من الصف وقال الرامي انما تعمدت المشركين فالقول للرامي
لانه متمسك بالاصل وهو اباحة الرمي الى صفهم ولو التقت السريتان ليلا من المسلمين
وكل واحدة ترى ان صاحبتها المشركين فاقتتلوا فاجلوا عن قتلى ثم علموا فلا شيء
عليهم من دية وكفارة لان كل واحدة منهما باشرت دفعا مباحا
ويجب ان يغسلوا كذا ذكره الامام التمرتاشي كذا في النهاية ومن مات بفعل نفسه وزيد
وحية واسد يعني من شج نفسه وجرحه زيد ولدغته حية وعقره اسد فمات
فعلى زيد ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة
وفعل نفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى ياثم به وفعل زيد معتبر في الدنيا والاخرة
فصارت الافعال ثلاثة اجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا وهدر من وجه دون وجه
فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان كان فعل زيد عمدا يجب الدية عليه في ماله والا فعلى العاقلة
في النوادر انه عند ابي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وهذا اثر كون فعله غير معتبر
صار كانه مات حتف انفه لرضيه عن فعله على نفسه فيغسل ويصلى عليه عندهما
واما عند ابي يوسف فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه بمنزلة الباغي كذا في

ومن شهر بيتا لشهر سيفه يشهر شهراً من حد منع سله وجرده من غمده
على المسلمين سيفاً وجب قتله لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفاً
فقد احل دمه اي اهدره ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه
الا بقتله لانه صار باغياً بذلك ولا شيء في قتل من شهر على آخر سلاحاً ليلاً
او نهاراً في مصر او غيره او شهر عليه عصاً ليلاً في مصر او نهاراً في غيره فقتله
المشهور عليه وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا
الصغيرة وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى الدفع
وكذا في النهار في غير المصر لا يلحقه الغوث فان قتله كان دمه هدراً
قالوا وان كان عصاً لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما حتى يستوي الليل
والمصر وغيره ولم يفرق الفاضل الزيلعي في كون دمه هدراً بين ان يقتله المشهور
عليه او غيره دفعاً عنه حيث قال وكذا اذا شهر على رجل سلاحاً فقتله او قتله
غيره دفعاً عنه لا يجب بقتله شيء ولا يجب على من قتل من سرق متاعه ليلاً
واخرجه ان لم يمكن الاسترداد بدون قتله لقوله صلى الله عليه وسلم قاتل
دون مالك ولانه لا يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا استرداداً في الانتهاء
واما اذا امكن الاسترداد بدون القتل كالتهديد بالصياح عليه يكون القتل
ولو قتله مع ذلك يجب القصاص عليه لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه
اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والحاكم
فلا يسقط عصمته بخلاف السارق الذي لا يندفع الا بالقتل كذا في الزيلعي
وشرط الاخراج لانه ما دام لم يخرج المتاع لم يكن سارقاً لكن قالوا اذا قتله قبل الاخذ
اذا قصد الاخذ ولا يمكن دفعه الا بالقتل فلا شيء بقتله كذا في اكثر الكتب
يقول الفقير فعلى هذا لا يكون فرق بين قتله بالجملة بعد الاخراج او قبل الاخراج
في انه اذا امكن الاسترداد بدون القتل فيما اذا كان بعد الاخراج وامكن الدفع
بدون القتل فيما اذا كان قبل الاخراج لا يباح قتله وان لم يمكن يباح
فاذاً لا فائدة معتداً بها في قيد الاخراج تدبر
ويجب القصاص على قاتل من شهر عصاً نهاراً في مصر لانه يلبث فيمكن ان يلحقه الغوث
وقد ذكرنا الفرق بين العصا التي لا تلبث والتي تلبث او شهر سيفاً
وضرب به اي بذلك السيف ولم يقتل ورجع يعني يجب القصاص اذا شهر
رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر ولم يقتله فانصرف ثم ان المضروب وهو المشهور عليه
ضرب الشاهر فقتله لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً مثل ما
كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انصرف على وجه لا يريد
ضربه ثانياً اندفع شره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت
عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصاً معصوماً مظلوماً فيجب عليه القصاص
ولو شهر مجنون او صبي على آخر سيفاً فقتله الآخر عمداً فعليه الدية في ماله ولو قتل
جملاً صال عليه ضمن قيمته وعن ابي يوسف انه لا تجب الدية في الصبي والمجنون ويجب الضمان
في الجمل وقال الشافعي لا يجب شيء في الكل لانه قتله دافعاً عن نفسه فصار كالبالغ العاقل
ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلاً حتى لو تحقق لا يجب الضمان واما فعل المجنون
والصبي فمعتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة
الجمل لحق مالكها فكان مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصاً معصوماً او اتلف
مالاً معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما
لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بحقيقة الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ
لان له اختياراً صحيحاً وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية

ولا شيء بقتله ص

باب القصاص فيما

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه ما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الاطراف
اذ الجزء يتبع الكل قال الله تعالى والجروح قصاص فاقتضت هذه الآية
ثبوت القصاص فيما دون النفس مشروعاً بهذه الآية هو اي القصاص فيما دون
النفس فيما يمكن فيه حفظ المماثلة اذا كان عمداً فيقتص بقطع اليد
من المفصل حتى لو كان من نصف الساعد لم يقتص لامتناع حفظ المماثلة
وان كان اكبر من يد المقطوع لانه لا يوجب التفاوت في المنفعة
وكذا الرجل يقتص من المفصل وان كان اكبر من رجل المقطوع ولو قطع
من نصف الساق لا يقطعها كما سيأتي ان شاء الله تعالى وفي مارن الانف
معطوف على قوله بقطع اليد يعني يقتص في قطع مارن الانف على حذف المضاف
فان مارن الانف اذا قطع عمداً يقاد وكذا من قصبه فلا لامتناع حفظ المماثلة
وفي الاذن فانه اذا قطع عمداً يقاد ايضاً وفي العين ان ضرب ضوءها بالضرب
وهي اي العين قائمة ويمكن فيها رعاية المماثلة بالطريق الآتي لا ان قلعت
العين لامتناع حفظ المماثلة فيجعل بيان لطريق القود في العين مع حفظ
المماثلة على تقدير قيامها وذهاب ضوءها على الوجه اي على وجه الضارب
قطن رطب وتقابل العين بمرآة محماة ويشد عينه الاخرى حتى يذهب ضوءها
وكانت هذه الحادثة في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة فقال
علي كرم الله وجهه يجب القصاص وبين له مكان الاستيفاء بالطريق الذي
ذكر فعلم عثمان رضي الله عنه وكان بمحضر من الصحابة ثم فيما في باقي
الاعضاء لا يعتبر الكبر والصغر حتى يجري القصاص في الكل فيما يمكن فيه
حفظ المماثلة ويقتص في كل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة
وهي ان يظهر العظم وسيأتي ان شاء الله تعالى ولا قصاص في عظم
سوى السن لقوله عليه السلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود رضي
لا قصاص في عظم الا في السن وهو المراد بالحديث ولان القصاص ينبئ
عن المماثلة والمساواة وقد تعذر اعتبارهما في غير السن ثم ان الاطباء اختلفوا
في السن هل هو عظم او طرف عصب يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث
وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين سائر
العظام لانه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم كما هو زعم بعضهم فالفرق بينه
وبين سائر العظام ان المساواة فيه ممكن بالطريق الآتي ولا تمكن في غير السن
لاحتمال الزيادة والنقصان فيقلع سن الضارب ان قلع سن المضروب
ويبرد بالمبرد الى ان يتساويا فيقلع والمبرد كمنبر السوهان كذا في القاموس
والسوهان ما يقال له بالتركي ايكه وقال صاحب المذهب برد الحديد سحقه
بالمبرد ومنه برد السن والبرادة ما يسقط منه بالسحق ان كسر السن
ولو كان السن بحال لا يمكن ان يبرد فلا قصاص كذا في الاختيار قال صاحب
نقلاً عن المبسوط ولئن قلنا ان السن عظم ففي سائر العظام لا يجب
القصاص لتعذر اعتبار المساواة والمساواة ممكنة في السن لانه يمكن ان يبرد
بالمبرد بقدر ما كسر منه ان كسر وكذلك ان قلع السن فانه لا يقلع سنه قصاصاً
لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به لهاته ولكن يبرد بالمبرد ايضاً الى موضع
يقول الفقير فعلى هذا يكون في المسألة روايتان تتبع

ولا قصاص بين طرفي ذكر وانثى وحر وعبد او لا في طرفي عبدين. خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد وهو يعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها. ولنا ان الاطراف يسلك فيها مسلك الاموال فينعدم التماثل بين طرفي الذكر والانثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع وبين الحر والعبد وبين العبدين للتفاوت في القيمة. وان تساويا فيها فبالتخمين والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه وبخلاف طرفي الحرين لان استواءهما متيقن به بتقويم الشرع. ولا قصاص في قطع يد من نصف الساعد لما بينا من امتناع حفظ المماثلة. ولا قصاص في جائفة وهي الطعنة التي بلغت الجوف برأت لان البرء في الجائفة نادر فلا يمكن ان يجرح الثاني على وجه يبرأ منه فيكون اهلاكا فلا يجوز. واما اذا لم تبرأ فان سرت وجب القود والا فلا يقاد الى ان تظهر الحال من البرء والسراية. ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر لامتناع حفظ المماثلة فيهما لان الانقباض والانبساط يجريان فيهما. وعن ابي يوسف ان كان القطع من الاصل يقتص لا ان قطع من الذكر الحشفة فقط لامكان حفظ المماثلة. وطرف السليم والذي سوا فيجري القصاص بينهما في الارش. وقال الشافعي يجبر لما ذكرنا اصله. وخير المجني عليه بين القصاص وبين اخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع لان استيفاء الحق كاملا متعذر فله ان يتجوز بادون من حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفى ناقصا فقد رضي بالردي مكان الجيد. او كان راس الشاج اصغر او اكبر بحيث لا تستوعب الشجة ما بين قرنيه اي ما بين ناحيتي راسه. وقد استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج. وقوله لا تستوعب قيد لكون راس المشجوج اكبر لان الشجة انما كانت موجبة لكونها شينة فيتعذر الاستيفاء كاملا اذا كان راس المشجوج اكبر وراس الشاج اصغر لما فيه من زيادة الشين فيتخير ان شاء اخذ ارشها وان شاء اقتص بها وسقط حقه في الزيادة. واما الثاني وهو ما اذا كان راس الشاج اكبر وراس المشجوج اصغر فلان الشين يزداد بزيادة الشجة وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وباستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج لكونها مستوعبة ما بين قرنيه فيتخير كما في الشلاء والصحيحة. ثم لو اختار القود يبدأ من اي الجانبين شاء لان حقه ذلك في المحل فكان له ان يفعل. وذكر الطحاوي عن علي الرازي ان له الاقتصاص ولا خيار له لان في القصاص فيما دون النفس يعتبر المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر. وجوابه ان القصاص في الشجة لاجل الشين وهو يتفاوت في الصغر والكبر وفي قطع اليد لفوات منفعة البطش وهي لا تتفاوت. ولعل الصغيرة انفع من الكبيرة فافترقا كذا في الزيلعي والله اعلم.

فصل

فصل

لما كان سقوط القصاص والصلح عنه بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة. ويسقط القصاص بموت القاتل لفوات المحل وبعفو الاولياء لان الحق لهم وبصلحهم على مال وان قل المال ويجب المال حالا يعني اذا صالحوا على مال عن القصاص وجب المال المصالح عليه قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية. قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الاية في الصلح. وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان ياخذوا المال وبين ان يقتلوا. والمراد والله تعالى اعلم اخذ المال برضاء القاتل. ولانه حق ثابت له يجري فيه العفو مجانا فكذا تعويضا لاشتماله على الاوصاف الجميلة من احسان الولي واحياء القاتل بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله تعالى ولا يجري فيه العفو فكذا التعويض. ويكون القليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شيء مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز باكثر من الدية لانه دين ثابت في الذمة فيكون اخذ اكثر منه ربا. وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل في مثله الحلول كالثمن. وانما سقط القود لان سقوط القود موجب العقد ولانه لم يرض ببذل المال الا مقابلا به فيعتبر عليه مقصوده. وبصلح بعضهم ويسقط القصاص بصلح بعضهم اي بعض الاولياء او عفوه اي عفو بعضهم لان كل واحد منهم تمكن من التصرف في نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو او بالصلح لانه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه في القصاص ومن ضرورة سقوط حق البعض فيه لانه لا يتجزى ثبوتا فكذا سقوطا بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا اولياء احدهما حيث يكون لاولياء الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتيل والمقتول فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر لانهما يفترقان ثبوتا فكذا ابقاء بخلاف ما نحن فيه. ولمن بقي حصته من الدية لانه اذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص. وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه. ولمن بقي حصته من المال لانه لا مدخل له في الاسقاط. ثم انه يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وعن هذا وقع في بعض النسخ في ثلاث سنين هو الصحيح. وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين اثنين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يد خطأ. ولنا ان هذا بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله مؤجل الى ثلاث فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منه كذلك والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد والعاقلة لا تحمل العمد. ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما بالف فصالح فهي نصفان اي نصفه على الحر ونصفه على السيد لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فينقسم بدله ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف

ويقتل الجمع بالفرد والقياس ان لا يقتل لعدم المساواة لكن تركناه
باجماع الصحابة رضي الله عنهم روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا
واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو اجتمع عليه اهل صنعاء
لقتلتهم وقد كان قاله بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع
ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر
فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري عليهم القصاص جميعا تحقيقا
لحكمة الاحياء ولولا ذلك لزم سد باب القصاص اذ لا يوجد القتل
من واحد غالبا لانه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الانادر
والزاجر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزى
واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل في حق
كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه
ليس معه غيره كولاية الانكاح في باب النكاح
ويقتل الفرد بالجمع اكتفاء ان حضر اولياؤهم يعني يقتل الفرد
اذا قتل جماعة ان حضر اولياؤهم ويكتفى به لهم وقال الشافعي يقتل
بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية لمن بعده في تركته
لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا معا ولم يعرف الاول منهم يقرع
بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وقيل
قتله لهم جميعا ويقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات وما تحقق
في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول
الا انا تركناه بما ذكرنا ولنا ان القاتل اذا قتل يكون كل
من اولياء المقتول مستوفيا حقه على الكمال لان انزهاق الروح غير
متجزئ فيحصل المماثلة اولان المماثلة في قصاص الانفس ساقطة
لان الكبير يقتل بالصغير والبصير بالضرير وانما المماثلة تعتبر
في الاطراف فقط لانها في حكم الاموال وان حضر واحد من الاولياء
قتل له اي لذلك الواحد وسقط حق البقية كما يسقط بموت القاتل
حتف انفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني ولا يقطع يداه
بيد وان امرا السكين واحدا فقطعا معا يعني اذا قطع
رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وان اخذا سكينا
واحدا من جانب وامراها على يده حتى قطعا معا وقال الشافعي تقطع ايديهما
اعتبارا بالانفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة بها فاخذت حكمها
بخلاف ما اذا امر احدهما السكين من جانب والاخر من جانب اخر حتى التقى السكينان
في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد
من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا ان كل واحد منهما قاطع
للبعض لان ما قطع بقوة احدهما لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز ان يقطع الكل
بالبعض والاثنان بالواحد لانعدام المساواة فصار كما اذا امر
كل واحد من جانب اخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة
وفي الطرف يعتبر المساواة في المنفعة والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء
والنفس السالمة من العيب يقتل بالمعيوب والمشلول بل يضمنان ديتها
اي يضمن القاطعان دية اليد المقطوعة لان الدية حصلت بقطعهما فيجب عليهما
نصف على كل واحد منهما الربع فيجب ما لهما لان العاقلة لا يتحمل العمد

فان قطع

فان قطع رجل يميني رجلين سواء قطعهما معا او على التعاقب فلهما قطع يمينه
ودية يد بينهما وهو نصف دية النفس فيقتسمان بينهما نصفين
ان حضرا معا وقال الشافعي ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول
منهما ويغرم ارش اليد للثاني لان يده صارت مستحقة له قصاصا فمنع
استحقاقها الثاني بالقطع قصاصا كما اذا رهن شيئا ثم ارتهن
ثم رهنه من اخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما معا يقرع بينهما
ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته والارش للاخر لان اليد
الواحدة لا تفي بالحقين وليس احدهما باولى من الاخر فوجب المصير الى
القرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيوجب المساواة
في الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتاخر كما لا عبرة به في التركة
وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر
السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق
الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني ولهذا لو كان القاطع
لما عبدا استويا في استحقاق رقبته ولو كان يمنع بالاول
لما شاركه الثاني بالاخير بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما
فلا يثبت للثاني بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة
واما ثبوت الدية لهما فلما عرفت ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
وعرفت ايضا ان العبد ثابت لهما على الكمال لكن كل
منهما لم يستوف حقه كما هو حقه فيلزم الدية كيلا يبقى
حق المظلوم على الظالم وقيد بيميني رجلين لانه لو قطع يمين رجل
ويسار اخر قطع يداه بهما وكذا اذا قطع يمينا واحدا
وان حضر احدهما اي احد المقطوعين وقطع فللاخر الدية اي دية يد
واحد لان للحاضر ان يستوفي حقه ولا يجب عليه التاخير لحضور الاخر
لثبوت حقه بيقين وحق الاخر متردد لاحتمال ان لا يطلب او يعفو مجانا
او صلحا فاذا استوفى الاول تمام حقه بالقود بقي حق الثاني
في تمام دية واحدة لان الاطراف ليست كالنفوس على ما مر
وصح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به وقال زفر لا يصح اقراره
لانه يؤدي الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطا او
بالمال ولنا ان العبد غير متهم في مثله لكونه يلحق الضرر به فيصح
ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية
الا يرى ان الاقرار الولي عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح
لزم منه ابطال حق المولى ضرورة وذلك لا يضر كم من شيء يصح ضمنا
وان كان لا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى
بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد او الاستسعاء وكذا
اقراره بالقتل خطا لان موجبه دفع العبد او الفداء على المولى
ولا يجب على العبد شيء فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه او ماذونا
في التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا ومن رمى رجلا عمدا
فنفذ الى اخر عمدا فماتا اقتص للاول وعلى عاقلته الدية للثاني
لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا وهو الخطا في الفعل فكانه رمى
الى حربي فاصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره والله اعلم

فصل

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب
ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما مطلقا سواء كانا عمدين او خطأين او مختلفين
ان تخلل بينهما برء فيجب بالقطع والقتل في العمدين قود ودية ونصف دية في الخطأين
والقطع والدية فيما كان القطع عمدا والقتل خطأ والقصاص ونصف الدية في العكس
والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن ومتى لم يمكن يعطى لكل واحد حكم نفسه
ولم يمكن الجمع في هذه الصور لتخلل البرء وهو قاطع للسراية في العمدين والخطأ
ولاختصاص حكم الفعلين وتخلل البرء بينهما ايضا في مختلفين
والا اي وان لم يتخلل بينهما برء فان اختلفا عمدا وخطأ بان كان القطع عمدا والقتل خطأ
او بالعكس اخذ بهما ايضا فيجب القطع والدية في الاول والقصاص ونصف الدية
في الثاني لتعذر الجمع لاختلاف الجنايتين لكون احدهما عمدا والاخر خطأ
وان لم يتخلل بينهما برء لا يؤخذ بهما ان كانا خطأين ولم يتخلل بينهما برء
بل يكفي دية واحدة لامكان الجمع بينهما بعدم اختلاف حكم الفعلين
مع عدم تخلل البرء بينهما لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل
وهو ان يعلم عدم السراية ولم يعلم لعدم تخلل البرء بينهما
وفي العمدين اللذين لم يتخلل بينهما برء يؤخذ بهما فيجب القصاص والقتل عند ابي ح
وعندهما لا تقطع ويقتل فقط فيدخل جزاء القطع في جزاء القتل لان الجمع
بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصارا كالخطأين
ولابي ح ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب
القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وهي بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو
متعذر لانه لا يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع حتى يتحقق المساواة هـ
بل يكون القتل الحز بمقابلة القطع والقتل جميعا فيفوت المساواة واستيفاء
القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما وهذا لان المماثلة
صورة ومعنى يكون باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لا يوجد المماثلة
الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى بخلاف ما اذا
كانا خطأين لان الموجب فيه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد
فيجب بدل واحد الا يرى ان عشرة لو قتلوا واحدا خطأ تجب عليهم دية واحدة
لاتحاد المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص
جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل ولو ضرب رجلا مائة سوط فبرأ
من تسعين ومات من عشرة وجبت دية واحدة فيسقط عند ابي ح رحمه الله تعالى
وانما كان كذلك لان الضربات التي برأ منها ولم يبق لها اثر يسقط ارشها
لزوال الشين ولانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش لانه لا قيمة لمجرد
الالم وان بقيت معتبرة في حق التعزير فيبقى الاعتبار للعشرة وكذلك
كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي ح وعند ابي يوسف
في مثله حكومة عدل وعن محمد تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية
وان جرحه يعني ان ضربه جلد مائة سوط وجرحه
وبقي الاثر اي اثر الجراحة بعد البرء ولم يمت تجب حكومة عدل
لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار بقاء الاثر في النفس
وههنا الاثر في النفس لبقاء الالم يتعين مقدار الواجب فقلنا بوجوب حكومة
العدل وسيأتي بيانها في كتاب الديات ان شاء الله تعالى

ومن قطع

ومن قطع يده عمدا فعفا المقطوع عن القطع فمات منه اي من القطع فعلى القاطع
الدية في ماله عند ابي ح وعندهما هو اي عفو المقطوع عن القطع عفو عن النفس
فلا يلزم على القاطع شيء لان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجب القطع لو اقتصر
والقتل لو سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع
يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عنه عفوا عن نوعيه فصار كما اذا عفا
فانها تتناول الجناية السارية والمقتصرة فكذا هنا وله ان سبب الضمان
قد تحقق وهو القتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا
وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه
فكان ينبغي ان يوجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب الاصلي للعمد الا ان
في الاستحسان يجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود
وان عفا عن القطع وما يحدث منه اي من القطع او عفا عن الجناية فهو عفو عن النفس
اجماعا فلا يجب على القاتل شيء والعمد من كل المال والخطأ من ثلثه
اي ثلث المال يعني ان كان القطع عمدا وعفا عنه كان من كل المال لان موجبه القود
وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال وان كان خطأ
وعفا عنه فهو عفو عن الدية فيعتبر من الثلث لان الدية مال فحق الورثة يتعلق بها
والعفو وصية فيصح من الثلث والشجة كالقطع يعني ان العفو عن الشجة
لا يكون عفوا عن النفس عنده وعندهما يكون وثمرة الخلاف تظهر ايضا فيما اذا عفا
عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات واما اذا عفا عن الشجة وما يحدث منها
او عفا عن الجناية يكون عفوا عن النفس اجماعا وان قطعت امرأة يد رجل
فتزوجها على يده ثم مات المقطوع يده فعليه مهر مثلها وعليها الدية
في مالها ان قطعت عمدا وعلى عاقلتها ان خطأ وهذا عند ابي ح لان العفو
عن اليد او عن القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج على اليد
او على القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا
تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على طريق تقدير الاستيفاء فعلى تقدير
فاذا لم يكن مالا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ولا يقال القصاص لا يجري
بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول الموجب الاصلي
لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية
لان التزوج عليه وان تضمن العفو لكن القصاص في الطرف فاذا سرى تبين
انه قتل فلم يتناوله العفو فيجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك في مالها
لانه عمد والعاقلة لا تتحمل فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا
وان كان احدهما اكثر رجع صاحبه به على الاخر وان كان القطع خطأ
يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش
وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شيء فيها
والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا يقع المقاصة لان الدية على العاقلة
بخلاف ما اذا كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة
في استيفاء كل واحد منهما فيتقاصان وان تزوجها على اليد وما يحدث منها
او على الجناية ثم مات فعليه مهر المثل في العمد لان هذا تزوج على القصاص
وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير
ولا شيء عليها لان الزوج رضي بسقوط القصاص على انه يصير مهرا وهو لا يصلح
فيسقط اصلا ويرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها في الخطأ ان كان
مهر المثل اقل من الدية والباقي من الدية وصية لهم اي للعاقلة هـ

النفس
عن الجناية
عن القطع
دارئة للقود
السقوط او
للعمل بها
انه قتل
قدر كونها
لليد
منها
يصلح مهرا

فان خرج الباقي من الثلث سقط والا فبقدر ما لم يخرج الباقي من الثلث فبقدر ما يخرج
يسقط لان التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية تزوج على موجبها وهو
الدية ههنا وهي تصلح مهرا فصحت التسمية الا انه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال
لانه ليس فيه محاباة فان المريض لا يحجر عليه من التزوج لانه من الحوائج الاصلية
فيقدر قدر مهر المثل من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع
والحاصل ان الدية تجب على العاقلة وقد صارت مهرا فيسقط كلها ان كان
مهر مثلها مثل الدية او اكثر ولا مال له سواها ولا ترجع عليهم بشيء وان كان
مهر مثلها اقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد على ذلك
ينظر فان خرج من الثلث سقط ايضا لانه وصية للعاقلة فيصح لانهم اجانب
وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وادوا الفضل الى الورثة
اذ لا ينفذ الوصية الا من الثلث وكذا الحكم عندهما في الصورة الاولى
لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين يعني في فصل
التزوج على اليد وفي فصل التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية
ومن قطع يده فمات بعد ما اقتص له من القاطع قتل فان قطع يعني لو ان رجلا قطع يد
فاقتص له بان قطع يده ثم مات المقطوع الاول منه قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع
قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتلا عمدا وحق المقتص له في القصاص
في النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه في القتل كمن له القود
اذا قطع طرف من عليه القود ثم قتله لا يجب عليه شيء الا انه مسيء الا انه لو احرقه
بالنار لا يجب عليه شيء غير الاساءة فاذا بقي له حق القصاص فلوارثه ان يقوم مقامه
وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لان اقدامه على القطع دليل على انه
ابرأه عما وراءه قلنا انما اقدم عليه على ظن ان حقه فيه وبعد السراية
تبين ان حقه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون علمه
ومن قتل له ولي عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا عن القتل فعليه دية اليد عند ابي حنيفة
لانه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهنا قطع وكان القياس ان يجب
القصاص الا انه سقط للشبهة واذا سقط وجب المال وقالا لا شيء عليه
لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها لكنه اتلف البعض فاذا عفا فقد
عفا عما سوى هذا البعض فلا يضمن شيئا ومن قطعت يده فاقتص من قاطعها
بنفسه بلا حكم حاكم ذكره صاحب الهداية فسرى القطع الى نفسه فعليه اي على المقتص
دية النفس عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما اي في هذه المسئلة والمسئلة التي قبلها
وقد بينا وجههما في بيان تلك المسئلة فلا نعيد واما وجههما في هذه المسئلة
فهو انه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية
خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لما فيه من سد باب القصاص
فصار كالامام او القاضي اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس
ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال
لغيره اقطع يدي فقطعها ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية
فلا يتصور ان يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونا
ولابي حنيفة ان حقه في القطع والموجود قتل حتى لو وقع ظلما كان قتلا
فلم يكن مستوفيا حقه وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة
فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لان اقامة الحد واجب على الامام
وكذا الفعل واجب على كل من البزاغ والفصاد والحجام والختان
بالعقد واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة والله تعالى اعلم

باب الشهادة في القتل واعتبار حاله

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه
في باب على حدة وقوله واعتبار حاله اشارة الى قوله الآتي والعبرة بحال الرمي لا الوصول
القود يثبت للوارث ابتداء لا بطريق الارث اعلم ان ههنا طريقين احدهما طريق
الخلافة وهو ان يثبت الملك للوارث ابتداء بسبب انعقد في حق المورث فيكون الخلافة
بالنظر الى هذا لا الى الانعقاد كما اذا اتهب العبد فان الملك يثبت ابتداء للمولى بطريق الخلافة
لان العبد ليس اهلا للملك والثاني بطريق الوراثة وهو ان يثبت الملك للمورث ثم للوارث
فذهب الامامان الى الثاني قولا بان القصاص موروث عن الميت حتى يجري فيه سهام
ويصح عفوه قبل الموت ويقضى ديونه منه اذا انقلب مالا وتنفذ وصاياه منه
وذهب الامام الى الاول قولا بان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي
ودرك الثأر والميت ليس من اهله وانما يثبت للورثة بطريق الخلافة بسبب انعقد
ام يعقد من مقام فيستحقونه ابتداء من غير ان يثبت للميت لان القصاص ملك
الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من الميت ولذا صح عفو الورثة
قبل موت المجروح وانما يصح عفو المجروح لان السبب انعقد له وقوله تعالى ومن قتل
مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على ان القصاص يثبت للورثة ابتداء
بخلاف الدين والدية لان الميت اهل للملك في المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد
واصل الخلاف راجع الى ان استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما
كذا في النهاية والزيلعي فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء
فلا يكون احدهم خصما عن البقية فيه اي في اثبات القود لغيره وكالة منهم
وباقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغائب بخلاف المال اعلم
ان كل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة فاحدهم خصم عن الباقين اي قائم مقام الباقين
حتى لو ادعى احد الورثة شيئا من التركة على احد فاقام بينة يثبت حق الجميع ولا يحتاج
وكذا اذا ادعى احد على احد الورثة شيئا واقام بينة عليه يثبت على الجميع ولا يحتاج
الى ان يدعي على كل واحد ويقيم البينة وما يملكه الورثة لا بطريق الوراثة ولا
فاحدهم لا يصير خصما عن الباقين فيه ثم فرع على هذا قوله فلو اقام احد الابنين حجة
بقتل ابيهما عمدا والآخر غائب لزم اعادتها بعد عود الغائب ليتمكن من الاستيفاء
وحاصله انه ليس للحاضر ان يستوفي القصاص قبل عود الغائب بل يحبس القاتل
اذا اقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس فان عاد الغائب فليس لهما
ان يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة البينة ليقتلاه خلافا لهما
لان احدهم يكون خصما عن البقية فيه عندهما فلا تلزم اعادتها بعد عود الغائب
بل يحبس ايضا اذا اقام الحاضر البينة فاذا عاد الغائب فلهما ان يقتلاه بتلك البينة
وفي الخطأ والدين اذا اقام الحاضر البينة ثم عاد الغائب لا تلزم اعادة البينة
لان موجب الخطأ المال وطريقه طريق الميراث وكذا الدين فاذا اقام احد الورثة
ان فلانا قتل اباه خطأ او ان لابيه على فلان كذا فحضر اخوه لا يلزم عليه اعادة البينة
ولو برهن القاتل على عفو الوارث الغائب فالحاضر خصم ويسقط القود يعني اذا
كان بعض الورثة غائبا وبعضهم حاضرا فاقام القاتل بينة على الحاضر ان الغائب قد عفا
فتسمع بينته ويسقط القود لانه يدعي على الحاضر سقوط حقه في القود وانقلابه الى مال
فاذا قضي عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له وكذا لو قتل عبد لرجلين واحدهما غائب
يعني لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا واحد المولين غائب فالحكم مثل ما ذكرنا حتى لا تقبل بينة الحاضر
ولو اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالحاضر خصم ويسقط القصاص لما بينا

ولو شهد وليا قصاص بعفو اخيهما لغت تلك الشهادة يعني ان رجلا قتل عمدا
وله ثلاثة اولياء فشهد اثنان منهم على صاحبهما انه قد عفا فشهادتهما باطلة
لانهما يجران الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا لكن شهادتهما عفو القصاص
منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما معتبر في حق انفسهما
وهذه المسئلة على وجوه اربعة ذكر الاول بقوله فان صدقهما
اي الوليين القاتل فقط اي لا شريكهما الشريك فالدية بينهم اثلاثا لانه لما
صدقهما اقر لهما بثلثي الدية فلزم وادعى بطلان حق الشريك فلم يصدق فتحول
مالا ويغرم القاتل الدية اثلاثا وذكر الثاني بقوله وان كذبهما القاتل
سواء كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء لهما اي للشاهدين لاخيهما
ثلث الدية لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما
في حق انفسهما وادعيا انقلابه مالا فلا يصدق في دعواهما الا ببينة وللولي
المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو
في حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما
وذكر الثالث بقوله وان صدقهما اخوهما فقط دون القاتل غرم القاتل
له اي للمشهود عليه ثلث الدية لانه اقر له بذلك فان قيل كيف يكون له
الثلث وهو قد اقر انه لا يستحق على القاتل شيئا بدعواه العفو قلنا ارتد
اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية عليه ثم يأخذ اي يأخذ المخبر
الثلث منه اي من الشريك المصدق لانه زعم الشريك انه عفا والصحيح المخبر
فلا شيء له على القاتل ولهما على القاتل ثلثا الدية وما في يد الشريك وهو ثلث
الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك
كمن قال لفلان علي الف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي وانما هو لفلان
فانه يصرف اليه فكذا هنا وهذا كله استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شيء
لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود
عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له ووجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه
الشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط
بشهادتهما بالعفو كما بيناه والعفو منهما والمقر له وهو الشريك ما كذب القاتل
حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره فيقبل الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد
كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما بيناه آنفا
يقول الفقير بقي وجه رابع وهو تصديقهما القاتل والشريك ذكره
صدر الشريعة اولا وصاحب الدرر ثانيا حيث قال فان صدقهما القاتل
الشريك فلا شيء للشريك لانه بتصديقه ابطل حقه ولهما ثلثا الدية لان نصيبهما
وان اختلف شاهدا القتل في زمانه اي في زمان القتل او مكانه او آلته
بان قال احدهما قتله بعصى والاخر قتله بالسيف او قال احدهما ضربه بعصا وقال الاخر
لا ادري بماذا قتله بطلت شهادتهما لان القتل لا يتكرر فالقتل في زمان او مكان
غير القتل في زمان اخر او مكان اخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة اخرى ويختلف
احكامها فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط
للقبول فلم يوجد ولان القاضي يتيقن بكذب احدهما لاستحالة اجتماع ما
ذكرنا فلا يقتل بمثله وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري
باي شيء قتله لان المطلق يغاير المقيد لان المطلق يوجب الدية في ماله
والمقيد بالعصا على العاقلة فاختلف حكمهما كما في الصورة الاولى

قال الفقير

قال الفاضل الزيلعي وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما لتيقن
بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل احدهما
دون الاخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض وكذا لو شهد احدهما
بالقتل معاينة والاخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به
فان احدهما فعل والاخر قول اه وان شهدا بالقتل وجهلا الآلة لزمت الدية
في ماله استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة اصلا لانهما شهدا
بقتل مجهول لان الآلة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلافها
فيكون هذا غفلة من الشهود ووجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق
ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري
على الغفلة بل يحمل على انهما سعيا للدرء المندوب اليه في العقوبات
ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اطلق الكذب على اصلاح ذات البين
على ما قال صلى الله عليه وسلم ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وقال خيرا
فهذا مثله اذا حق منه فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما وانما وجب الدية في ماله
دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك اه
ولو اقر كل واحد من رجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله
قتلهما جميعا ولو شهدا بقتل زيد عمرا وشهد اخران بقتل بكر اياه
وادعى وليه قتلهما لغتا اي لغت الشهادتان فليس له ان يقتل واحدا
والفرق بينهما ان كل واحد من الاقرار والشهادة يثبت ان كل القتل وجد من المقر
والمشهود عليه ومقتضاه ان يجب القصاص عليه وحده لان معنى قوله
انا قتلته انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل
وقول الولي قتلتماه تكذيب لبعضه حيث ادعى اشتراكهما في القتل
فكانه قال لم ينفرد بقتله بل شاركه اخر وهذا القدر من التكذيب يمنع
قبول الشهادة لادعائه فسقهم دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار
ولو قال في الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان تصديق
كل واحد منهما تكذيب الاخر لان كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل
فتصديقه يوجب ذلك فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك
ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الاخر لم يقتله بخلاف الاول
وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما
والعبرة بحالة الرمي لا الوصول فيتبدل حال المرمي عند الامام لان الرمي
فعل اختياري للرامي ولا فعل له بعده فوجب اعتباره في حق الضمان والحل لان
الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره
وهو الرمي لا الوصول فلو رمى مسلما فارتد فوصل السهم اليه فمات
تجب الدية عنده خلافا لهما لان التلف حصل في محل لا عصمة له
واتلاف غير المعصوم هدر وهذا لانه بارتداده اسقط تقوم نفسه فيكون
مبرئا للرامي عن موجبه ولابي ح ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ هو
الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له اصلا بعده
فيصير قاتلا بالرمي والمرمي اليه متقوم في تلك الحالة الا ترى انه لو رمى
الى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فاصاب السهم الصيد
وهو مرتد فجرح الصيد ومات حل اكله فكان العبرة
بحالة الرمي فكان القياس ان يجب القصاص لكن فيه شبهة
لسقوط العصمة في حالة التلف فتجب الدية اه

ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول لا يجب شيء اتفاقا لان الرمي لم ينعقد موجبا
للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك
قال الكرماني [illegible] في شرح مجمع البحرين قيل بين الخلاف ان المعتبر عنده
وقت الرمي وعندهما المعتبر وقت الاصابة لان الجناية وجدت فيه وقيل
المعتبر عند الكل وقت الرمي لان الشخص انما يصير جانيا بفعل يدخل
تحت اختياره وهو الرمي دون الاصابة فالمرمي في المسئلة الاولى
وكان معصوما فانعقد موجبا للضمان لكن لم يجب القصاص لانه
وقت الموت لم يكن معصوما فصار ذلك شبهة فوجب الدية فيهما
شرطا لوجوب الضمان بقاء التقوم والعصمة الى زمان الوصول
فلو كان المرمي اليه مرتدا فاسلم فيما بين الرمي والوصول لا شيء عليه اتفاقا
لان المحل حين الرمي لم يكن متقوما فلم ينعقد الرمي موجبا للضمان انتهى
يقول الفقير اذا كان مبنى الخلاف ما ذكره اولا تدبر
وان رمى عبدا فاعتق على بناء المجهول فوصل اليه السهم بعد ما اعتق فعليه
اي على الرامي قيمته عبدا عند ابي حنيفة وابو يوسف معه فيها وعند محمد عليه
فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده
ثمانمائة لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق
لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق
كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية
حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان فاذا انقطعت
السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل
فيجب فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولابي حنيفة ان الرامي يصير قاتلا من وقت
وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته لما ان المعتبر حالة الرمي ولم يختلف المستحق
في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف لبعض المحل
والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب
شيئا لانه لو اوجب شيئا لوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه
فيصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا يتبدله
السراية نكتفي هنا وان رمى محرم صيدا فحل من احرامه فوصل وجب الجزاء
فان رماه حلالا فاحرم بعد الرمي فوصل فلا يجب الجزاء لان الضمان انما يجب
بالتعدي وهو متعد في حال الاحرام ففي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني
حلال وقت الرمي فلهذا افترقا وان رمى من قضي عليه برجم فرجع شهوده
فوصل بعد رجوع الشهود لا يضمن لما ان المعتبر حال الرمي وهو مباح الدم فيها
ولو رمى مسلم صيدا فتمجس اي صار مجوسيا فوصل حل وفي العكس
يعني لو رمى مجوسي صيدا فاسلم فوصل يحرم لما ان المعتبر حالة الرمي
قال الفضل الزيلعي والاصل في مسائل هذا الباب ان يعتبر وقت الرمي بالاتفاق
وانما خالف ابو يوسف ومحمد في ذلك فيما اذا رمى مسلما فارتد العياذ بالله تعالى
قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له على ما بينا في اول هذا الباب انتهى
يقول الفقير يعلم من كلامه ان كون العبرة لحالة الرمي لا للوصول متفق عليه كما
ذكره ابن ملك ثانيا فيما نقلناه عنه فكان الانسب الصحيح ان يقول
فيما سبق وان العبرة بحالة الرمي لا الوصول متفق عليه ولا ينقل عنه
الامام ولا يفرع عليه المسئلة الآتي بعده اللهم الا ان يقال
اختار ما ذكره ابن ملك اولا وقد عرفت ما فيه فتدبر

كتاب الديات

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة اما اشارة الى ان موجبها موجب القتل هو القصاص
كما هو مذهبنا لكن لكون العدول الى الدية ولما لان في الاحياء والصيانة وجب
فقدم ما هو اكثر ثم الديات جمع دية وهي في اللغة مصدر ودي القاتل المقتول اذا
اعطى القاتل ولي المقتول المال الذي هو بدل النفس على وزن عدة من وعد ثم قيل
لذلك المال الدية تسمية بالمصدر وتقول في الامر من ودى د ديا دوا ومنه الحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم دوه واما الارش فهو اسم للواجب فيما دون النفس
وفي المغرب الارش دية الجراحات والجمع اروش وارش بمعنى فارش انتهى فيكون
والدية اعم مطلقا فكل ارش دية ولا عكس ونقيض التقسيم مبني على الاعم الاغلب
وتصريح بوجه الامتياز كذا في كتاب الحاوي للاحكام [illegible]
الدية المغلظة من الابل مائة ارباعا اي يكون الدية من الابل اربعة انواع بنات مخاض
وبنات لبون وحقاق وجذاع وقد سبق معنى الكل في كتاب الزكاة من كل
اي من كل واحد منها خمس وعشرون فيكون جملتها مائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد وهو قول الشافعي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية
وقد سبق معناها ايضا فيه كلها اي كل الثنيات خلفات بفتح الخاء
وكسر اللام وبالفاء جمع خلفة وهي الحامل من النوق فيكون قوله في بطونها اولادها
صفة كاشفة نقل في غاية البيان شرح القدوري ان تغليظ الدية روي عن ابن مسعود
لكن اختلفوا في كيفية التغليظ فعند ابي حنيفة وابي يوسف ما ذكر اولا
وعند محمد والشافعي ما ذكر ثانيا لقوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل
خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل اربعون منها
في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطأ المحض والخطأ
يجب فيه اخماسا وكونها اغلظ فيما قلنا لانا نقلنا اثلاثا وانتم تقولون ارباعا
ولابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل
وجه الاستدلال به ان الثابت منه صلى الله عليه وسلم هنا وليس فيه دلالة على
ولا بد منه بالاجماع وما رواه محمد والشافعي غير ثابت لاختلاف الصحابة
في صفة التغليظ فان عمر وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم قالوا
وقال علي كرم الله وجهه يجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة
واربعة وثلاثون خلفة قال ابن مسعود رضي مثل ما قلنا ارباعا والمقادير لا تدخل في الرأي
فكان كالمرفوع ويصير معارضا بما رواه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن وهو الادنى اولى
قال صاحب النهاية وذكر في المبسوط وابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تعالى
احتجا بحديث السائب بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا
ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها في الخطأ تجب اخماسا فعرفنا ان المراد به شبه العمد
على انه قال صلى الله عليه وسلم في النفس المؤمنة مائة من الابل والمراد ادنى ما يكون فيه وما قلنا
ولان الدية انما تجب عوضا والحامل لا يجوز ان يستحق بشيء من المعاوضات لانه
احد معان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها والثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل
فيكون هذا في معنى ايجاب الزيادة على المائة عددا وبالاتفاق صفة التغليظ ليست
من حيث العدد بل من حيث السن ثم ان الديات تعتبر بالصدقات والشرع نهى
عن اخذ الحوامل في الصدقات لانها كرائم اموال الناس فكذلك في الديات
وهذا لان في شبه العمد تجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات

وأما الحديث الذي رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط
والعصا والحجر فيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها فلا يكاد يصح
لانه ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع في خطبته كما يحضر
من جماعة ولم يرو هذا الحديث الا النعمان بن بشير وهو في ذلك الوقت من عداد الصبيان
وقد خفي الحديث على كبار الصحابة حتى اختلفوا بينهم على اقاويل ولم يجر المحاجة
بينهم بهذا الحديث ولو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولاحتج بعضهم على بعض
انتهى ما في النهاية ولا تغليظ في غير الابل يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة
آلاف درهم او الف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في الدراهم
والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة اسنان الابل في
شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطأ يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل
من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من اهل الذهب لان التغليظ في
شبه العمد شرع في الابل لزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى
موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ان التغليظ في الابل ثبت توقيفا
فلا يثبت في غيره قياسا ولانه لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص
بالدلالة كذا في العناية وهي اي الدية المغلظة في شبه العمد لما روينا
من قوله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه مغلظة
والدية المخففة مبتدأ خبره قوله الاتي الف دينار مع ما عطف عليه وما بينهما اعتراض
وهي اي الدية المخففة في الخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب
من الذهب حال كونها من الذهب الف دينار ومن الورق وهو بكسر الراء الفضة
عشرة آلاف درهم وقال مالك والشافعي الدية اثنا عشر الف درهم لما روي عن ابن عباس
ان رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر الف درهم رواه ابو داود والترمذي
ولانه لا اختلاف في ان الدنانير الف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي
صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلنا اولى للتيقن به لانه اقل
او يحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت الدراهم
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمن عمر رضي الله عنه على ما حكاه الخبازي
في كتاب الزكاة انه كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثلاثة اصناف الواحد منها وزن عشرة اي العشرة منها وزن عشرة دنانير
فيكون الواحد قدر دينار والثاني وزن ستة كل درهم ثلاثة اخماس مثقال
فيكون كل درهم اثني عشر قيراطا والثالث كل عشرة خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال
فيكون كل درهم عشرة قراريط وكان المثقال عندهما واحدا وهو عشرون قيراطا
وكان عمر رضي الله عنه يطالب الناس في استيفاء الخراج باكبر الدراهم
فشق عليهم ذلك والتمسوا منه التخفيف فشاور عمر رضي الله عنه مع اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاستقر رايهم بعد المشاورة على ان يجمع من كل صنف عشرة دراهم
فيصير الكل احدا وعشرين مثقالا فاخذ ثلث ذلك سبعة مثاقيل
فيكون كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل لان سبعة مثاقيل مائة واربعون قيراطا
فكذا عشرة دراهم مائة واربعون قيراطا وما بين درهم مثل مائة واربعين مثقالا
والذي يرجح مذهبنا ما روي ان الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام
ان كان ذكرا او انثى وعندنا عشر دية نفسه ان كان انثى ونصف العشر ان كان ذكرا
فعلم بذلك ان دية الانثى خمسة آلاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف
ولانا اجمعنا ان نصاب الذهب الف دينار والدنانير تقوم في الشرع بعشرة دراهم

الآية

الآية ان نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب بعشرين مثقالا
فيكون غنيا بهذا القدر بكل واحد منهما اذ الزكاة لا تجب الا على الغني
فعلم بذلك ان العلماء ظهر لهم ان الدينار مقوم بعشرة دراهم ومن الابل مائة
حال كونها اخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة
من كل واحد منها عشرون فيكون جملتها مائة لما روى ابن مسعود رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة
وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض
رواه ابو داود وقال الزهري والشافعي واحمد اخذ بهذا غير انه قال
يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا وان ما قلناه
لاقامة ابن مخاض مقام ابن لبون فكان اليق بحال الخاطئ وان الشرع جعل
ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة حيث اخذ مكانها فايجاب عشرين
منه مع العشرين من بنت المخاض كايجاب اربعين بنت مخاض وذلك لا يليق
بل لا يجوز لعدم التداخل وذلك لانه صلى الله عليه وسلم لم يرد بتغيير اسنانه الا
الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجب ولا دية من غير هذه الاموال
اي غير الحجرين والابل عند ابي حنيفة وقالا منها اي من هذه الانواع ومن البقر ايضا
مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة وهي اي الحلة ثوبان كما في
وقال صاحب القاموس والحلة بالضم ازار ورداء برد او غيره ولا يكون حلة الا
من ثوبين او ثوب له بطانة جمعه حلل وحلال انتهى فعلى ما ذكره صاحب المغرب
يكون قوله كل حلة ثوبان تفسير الحلة وعلى ما ذكره صاحب القاموس يكون احترازا
قال الفاضل الزيلعي فكل حلة ثوبان ازار ورداء هو المختار وفي النهاية قيل
في زماننا كل حلة قميص وسراويل انتهى لهما ما روي عن جابر رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فرض في الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر
مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة رواه ابو داود
وكذا عمر رضي الله عنه يقضي على اهل كل بما ذكرنا ولابي حنيفة ان التقدير
بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهول المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات
والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عنها
والآثار التي وردت فيها محمولة على القضاء بها بطريق الصلح فلا ينتهض حجة
وما ذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او على مائتي بقرة لا يجوز
فتاويله انه قولهما وكفارة شبه العمد والخطأ وما اجري مجرى الخطأ عتق
اي اعتاق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ في القتل
وان كان عمدا في حق الضرب فيتناولهما الآية ولا يختلفان في الكفارة
لعدم التفاوت بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد المغلظة
دون الخطأ لوجود التفاوت في التغليظ في شبه العمد دون الخطأ والمقادير
فان عجز عن التحرير فصيام شهرين متتابعين كما ذكر في النص
ولا اطعام فيهما اي في شبه العمد والخطأ وفي بعض النسخ ولا اطعام فيها
اي في هذه الكفارة لانه لم يرد به نص والمقادير لا تعرف الا سماعا ولان المذكور
كل الواجب للفاء والجواب في ذلك لان الواقع بعد الفاء الجزائية
يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء
او بقي منه شيء ومثل محل الايهام انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار
فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده حر ولكنه لم يقل
لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم ٥

وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم للكفارة لان الرضيع مسلم بكون احد
ابويه مسلما لان الولد يتبع خير الابوين دينا والظاهر سلامة اطرافه يعني يشترط
في رقبة الكفارة سلامة الاطراف من اليد والرجل والعين واللسان
فيكتفى في الرضيع بظاهر الحال من سلامة الاطراف لان الظاهر من حاله ان اطرافه
سليمة عن الآفات لا اعتاق الجنين لانه لم يعرف حياته ولا سلامته بعد
ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص
والدية للمراة في النفس وما دونها نصف ما للرجل روي ذلك عن علي رضي الله عنه
مرفوعا او موقوفا والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للراي فيه
وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية
او دون ذلك فالرجل والمراة فيها سواء وان زاد على الثلث فحالها فيه
على النصف من حال الرجل واماه الشافعي فيها زيد بن ثابت رضي الله عنه
فانه كان يقول هكذا وبيانه فيما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب
ما تقول فيمن قطع اصبع امراة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع
اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثة اصابع قال
عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال عليه عشرون من الابل
قلت سبحان الله لما كثر المها اشتد مصابها قل ارشها فقال
اعراقي انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل متثبت فقال انه السنة
وبه اخذ الشافعي وقال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة الرسول صلى الله عليه وسلم
لنا ما روي عن علي رضي الله عنه وما روي ان كبار الصحابة افتوا بخلافه
ولو كان سنة النبي صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة انه يحتمل سنة زيد
لانه لم يرو الا عنه موقوفا والذمي مثل المسلم وقال مالك دية اليهودي والنصراني
لقوله صلى الله عليه وسلم عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا
وقال الشافعي دية النصراني واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم
ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى العامريين اللذين
كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن امية الضمري رضي الله عنه
بمائة من الابل وقال صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار عن الزهري
ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وقال علي رضي الله عنه
انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي
بخلاف هذا لا يعارض هذا المشاهير من الاثار وفي ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم
بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا كما هو المراد
من قوله في قتيل المؤمن دية مسلمة الى اهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم نفوسهم
بالدار فوجب ان يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب ان يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم ان لو
كانوا مسلمين الا يرى ان اموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب
باتلاف اموال المسلم فاذا كان هذا في اموالهم فما ظنك في نفسهم لا يقال ان
نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب ان ينتقص ديته لانا نقول
كما ينتقص بالانوثة والرق لان الرق اثر الكفر فاذا انتقص باثره فاولى ان
ينتقص به لانا نقول نقصان دية المراة والعبد لا باعتبار نقصانهما
بالانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المراة لا تملك بالنكاح
والعبد لا تملك المال والحر الذكر يملكهما فلهذا انحطت قيمتهما
نقصت ديتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب ان يكون
بدله كبدله والمستامن ديته مثل دية الذمي في الصحيح

فصل

اعقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها لان الاطراف تبع للنفس كما ذكر التبع بعد ذكر الاصل
لا محالة وفي النفس الدية وقد ذكرها فيما سبق لكنه اعادها في فصل ما دون النفس تمهيدا
لذكر ما بعده او تبركا بالابتداء بالحديث لان هذا لفظ الحديث قالوا الاصل في وجوب
الدية النفس ثم ما لا ثاني له في البدن من الاعضاء والمعاني المقصودة والحاقه كالتلف في النفس
والاصل فيه ما روي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا في الكتاب الذي كتبه
رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه عن هذا قال
وكذا في المارن الدية وهو ما لان من الانف وفي اللسان الدية ان منع النطق
لتفويت المنفعة المقصودة وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة المقصودة
وان كانت الالة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم الدية على عدد
وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي التاء والثاء والجيم والدال والراء
والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون
فما اصاب الفائت يلزمه ولا يدخل الحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والهاء
والعين والغين والحاء والخاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو
فيتعذر بها لا يقدر والاصل فيه ما روي عن علي كرم الله وجهه انه قسم الدية
على الحروف فما قدر عليه من الحروف اسقط بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه
الزمه بحسابه منها وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب وان عجز
عن اداء الاكثر يجب كل الدية واختاره المص فلهذا قال
او منع اداء اكثر الحروف لان الظاهر على تقدير العجز عن اداء اكثر الحروف
لا يحصل منفعة الكلام وفي الصلب الدية ان منع الجماع او قطع الماء
وفي الافضاء الدية اذا منع استمساك البول لانه من جنس المنافع وفي الذكر
الدية لان فيه تفويت المنفعة وهي الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي
ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وفي حشفته اي وفي
حشفة الذكر الدية لانها اصل في منفعة الايلاج والاعلاق والدفق والقصبة
كالتابع لها وفي العقل الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك
لان الانسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاده ومعاشه
وفي السمع والبصر والشم والذوق يعني في كل منها كمال الدية
لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى
لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت على راسه فذهب عقله و
سمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف ان ذهاب الذوق
قول الجاني لانه منكر فلا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل عن اليمين
وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين عدلين منهم حجة
وقيل يستقبل الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه يعلم انها باقية والا
وقيل يلقى بين يديه حية فاذا هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب
فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل ثم ينادي فان اجاب
علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب وروي عن اسمعيل بن حماد ان امراة
ادعت انها لا تسمع وتطارشت يعني ادعت انها طرشاء في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء
عن النظر اليها ثم قال لها بغتة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر
وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة فان تنفر من ذلك علم
انه لم يذهب شمه وفي المنتقى لا يعرف ذهاب السمع والقول فيه قول الجاني البتة كذا

وفي اللحية الدية ان لم تنبت وفي شعر الراس الدية ان لم ينبت ايضا
لانه ازال الجمال على الكمال وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى
لا يجب فيهما الدية بل حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا ينمو
بعد كمال الخلقة ولهذا يحلق الراس واللحية في بعض البلاد فلا
يتعلق بها الدية كشعر الصدر والساق اذ لا يتعلق به منفعة
ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا قول علي رضي الله تعالى عنه
في الراس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف في هذا كالمرفوع
لانه من المقادير فلا يهتدي اليها الراي ولانه فوت عليه جمالا على الكمال
لان اللحية في اوانها جمال وكذا شعر الراس جمال الا يرى
ان الاصلع يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية والدليل على انه جمال
قوله صلى الله عليه وسلم ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين
الرجال باللحى والنساء بالذوائب بخلاف شعر الصدر والساق
لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فقد روي الحسن عن الامام انه يجب فيها
كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب عن الظاهر ان المقصود من العبد الاستخدام
دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه الجمال فيجب بفواته
كمال الدية وهذا اذا فسد المنبت ولم ينبت فان نبت حتى استوى كما كان
لا يلزمه شيء لانه لم يبق لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى اثرها في البدن
لكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم فان نبت ابيض فقد ذكر في النوادر
انه لا يلزمه شيء عند ابي حنيفة في الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما
يجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير اوانه فيجب حكومة العدل باعتباره
وفي العبد يجب حكومة عدل عندهم لانه ينتقص به قيمته ويستوي العمد والخطا في حلق
الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت
نصا او دلالة والنص انما ورد في النفس والجراحات وهذا ليس في معناها
لانه لا يتالم به ولا يتوهم فيه السراية بخلاف الجراحات ويؤجل فيه سنة
فان لم ينبت فيها وجبت الدية وان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء
عليه كذا في الزيلعي وكذا الحاجبان وفي احدهما نصف الدية وعند مالك
والشافعي يجب حكومة عدل وكذا الاهداب لانه يفوت به الجمال على الكمال
وجنس المنفعة وهو دفع القذى عن العينين وفي العينين الدية لان جنس المنفعة
يفوت بفواتهما وفي الاذنين وفي الشفتين وفي ثديي المراة لان فيه تفويت جنس
المنفعة وفي اليدين وفي الرجلين كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي
وفي اشفار العينين وهي جمع شفر وهو منبت الاهداب من حرف الجفن
كانه اخذ من شفير الوادي وهنا لانه يفوت به الجمال على الكمال وتفويت
جنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العينين وفي كل واحد مما هو اثنان
في البدن كاليدين والرجلين والعينين وغيرهما مما هو اثنان نصف الدية
لان النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين كل الدية
وفي احدهما نصف الدية وكذا في حديث سعيد بن المسيب ولان في تفويت الاثنين
تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية وفي كل واحد مما هو اربعة من البدن ربعها
اي ربع الدية كالاشفار وفي كل اصبع من يد او رجل عشرها
لقوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر من الابل

وفي كل

وفي كل مفصل منها اي من الاصابع مما فيه مفصلان كالابهام نصف عشرها اي
نصف عشر الدية ومما فيه ثلاثة مفاصل كباقي الاصابع في احد المفاصل ثلثه
اي ثلث عشر الدية وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وفي كل سن نصف عشرها
وهو خمس من الابل لقوله صلى الله عليه وسلم وفي كل سن خمس من الابل والسن والضرس
سواء لانه ورد قال صاحب التسهيل فان قيل لو قلنا بذلك يزيد على دية واحدة اذا
اتلف كل الاسنان لانها في الغالب اثنان وثلاثون سنا وفي اتلاف كلها ابلاف النفس
من وجه لتفويت جنس المنفعة لانها تصير كالهالكة معنى وحكم الاتلاف من وجه لا يجوز
ان يزيد على الاتلاف من كل وجه قلنا هذا ثابت بخلاف القياس بالنص فلا يرد السؤال
كذا في غاية البيان واذا ثبت هذا بخلاف القياس كان غير معقول المعنى فلا يجب
بذكره وجه معقول وان اريد ذلك لتطبيق الشرع فالوجه ما ذكره صدر الشريعة ان في
الاسنان وان كان اثنين وثلثين فالاربعة الاخيرة وهي اسنان الحلم قد لا ينبت
لبعض الناس وقد ينبت لبعض الناس بعضها وللبعض كلها فالعدد المتوسط
للاسنان ثمانية وعشرون ثم للاسنان منفعتان الزينة والمضغ فان سقط سن بطل منفعتها
بالكلية ونصف منفعة السن التي يقابلها وهو منفعة المضغ وان كان النصف
الاخر وهو الزينة باقيا واذا كان العدد المتوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة
ثلث العشر ونصف المنفعة سدس العشر ومجموعها نصف العشر انتهى
يقول الفقير ما ذكره صدر الشريعة ليس دفعا للسوال المذكور بل هو وجه لكون
دية كل سن نصف عشر الدية والقياس ان يكون ربع عشر الدية وليس في
صدر الشريعة من هذا السوال عين ولا اثر فالوجه في دفع السوال ما ذكر
في غاية البيان من انه ثابت بخلاف القياس وكل عضو ذهب نفعه
ففيه دية وان كان ذلك العضو قائما كيد شلت وعين ذهب ضوءها
لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة بلا منفعة لكونها
تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عن المنفعة قبل الاتلاف كاتلاف اليد
التي شلت عن منفعة البطش فانه يجب حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال
كاليد الشلاء وان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة كذا في الزيلعي

فصل

لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس ولكن تكاثرت مسائله ذكرها
في فصل على حدة الشجاج عشرة ذكرها المصنف وتفسير كل منها في اثنائه فقال
لا قود في الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد
ينتهي اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله صلى الله عليه وسلم
لا قصاص في العظم وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية يجب
القصاص فيما دون الموضحة ذكر محمد في الاصل وهو الاصح لانه لا يمكن اعتبار
المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف فيمكن اعتبارها
بما ذكر في الموضحة وسيجيء عن قريب ان شاء الله تعالى الا في الموضحة عمدا لما روي
انه صلى الله عليه وسلم قضى بالقصاص في الموضحة ولان المساواة فيها
ممكنة بان يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما
قطع وكذلك يفعل فيما دون الموضحة خطا نصف عشر الدية لما روي في كتاب
عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي الموضحة خمس من الابل وهو
نصف عشر الدية وهي اي الموضحة الشجة التي توضح العظم اي تبينه وفي الهاشمة
خبر مقدم وهي الشجة التي تهشم العظم اي تكسره عشرها مبتدا موخر اي عشر الدية
لما روي في كتاب عمرو بن حزم انه صلى الله عليه وسلم قال وفي الهاشمة عشر من الابل وهو عشر الدية

او ذكر الوجه المعقول

الشجاج بالكسر جمع شجة من الصحاح

ووجه الاختصاص في العشر مذكور في النهاية والعناية ان شئت فراجعها

قطع

او هو ما يسبر به الجراح بتقديره قدر عود من حديدة او غيرها

الدية

وفي المنقلة وهي التي تنقل العظم اي تحول العظم بعد الكسر عشرها اي عشر الدية ونصفه اي نصف عشر الدية لما روي عنه انه قال في المنقلة خمس عشرة ابلا وهي عشر ونصف عشر وفي الامة وهي التي تصل الى ام الدماغ وهي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ ثلثها اي ثلث الدية لما روي انه قال وفي الامة ويروى وفي المامومة ثلث الدية وبعد الامة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد رح لان النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلا ولا يكون شجة والكلام في الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانها لا يبقى لهما اثر في الغالب كذا في الزيلعي وكذا في الجائفة وهي التي تصل الى الجوف يعني فيها ثلث الدية ايضا لما روي انه قال صلى الله عليه وسلم وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت الجائفة الى الجانب الاخر فهما جائفتان ويجب ثلثاها اي ثلثا الدية لما روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت وصارت جائفتين يجب في كل واحدة منهما الثلث وفي كل من الحارصة وهي بالحاء والراء والصاد المهملات وهي التي تشق الجلد ولا تخرج الدم والدامعة وهي بالعين المهملة التي تخرج منه اي من المجروح دما يشبه الدمع يعني تظهر الدم ولا تسيلها بل تجمع في موضع الجراحة كالدمع في العين ولهذا سميت دامعة وقيل لان عينه تدمع بسبب الم يحصل منها والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي بالباء الموحدة والضاد المعجمة والعين المهملة التي تبضع الجلد اي تقطع ماخوذ من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد والمتلاحمة وهي التي تاخذ اللحم وتقطع من تلاحم اي التئم وتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما يؤول اليه وروي عن محمد رح المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة ماخوذة من قولهم التحم الشيئان اذا اتصل احدهما بالاخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها تقطع وفي ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل في قطع اكثر اللحم وهي بعد الباضعة كذا في الزيلعي والسمحاق وهي بكسر السين والحاء المهملتين جلدة فوق العظم تحت اللحم تصل اليها الشجة حكومة عدل مبتدا خبره مقدم عليه وهو قوله وفي كل من الحارصة مع ما عطف عليه وهو ماثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وسيأتي تفسير حكومة العدل انشاء الله تعالى عن قريب لان هذه لا ليس فيها ارش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وعن محمد فيها اي في المذكورات من انواع الشجاج القصاص اذا كان عمدا كالموضحة وقد ذكرنا هذه الرواية وكونها ظاهر الرواية في اول الفصل فلا نعيد ٥

والشجاج تختص بالوجه والراس والجائفة بالجوف والجنب والظهر وما كان في غيرها يسمى جراحة حتى لو تحقق في الساق واليد وغيرهما لا يكون له ارش مقدر وانما يجب فيه حكومة عدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بالوجه والراس والجوف والجنب والظهر ولانه انما ورد الحكم لمعنى الشين وهو في الراس والجوف والجنب والظهر جراحات واختلفوا في اللحيين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجب الشجاج خلافا لما يقول مالك هو يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق بهما معنى المواجهة قال شيخ الاسلام ويجب ان يفترض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا انا تركنا بالاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة وفيها اي في هذه الجراحات حكومة عدل ٥

وذكرها في انواع الشجاج لا لان فيه لاشية الانسانية غير المطلوب منها حيث اتى بطريق التشبيه تنبيها على انها ليست من الشجاج

والوجه وغيرها وما سوى ذلك عما في الوجه والراس

وهي

وهي اي حكومة العدل ان يقوم المجروح عبدا بلا هذا الاثر ويقوم معه اي مع هذا الاثر فما نقص من قيمته وجب بنسبته من ديته وهذا التفسير ما حاصله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان عشر القيمة يجب عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر فعلى هذا القياس مثلا يفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم ومعه تسعمائة فالتفاوت مائة درهم وهي عشر الالف فيؤخذ هذا التفاوت من الدية وهي عشرة الاف درهم وعشرها الف درهم وهو حكومة العدل وبه اي وبهذا التفسير يفتى احترازا عما ذكره الكرخي انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخي رح يقول ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه لو اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف عشر الدية فيؤدي الى ان يوجب في هذه الشجاج وهو دون الموضحة اكثر مما اوجب الشرع في الموضحة وانه ممتنع بل الصحيح الاعتبار وقال الصدر الشهيد ينظر المفتي في هذا ان امكنه الفتوى بالثاني بان كانت الجناية في الراس والوجه يفتى بالثاني وان لم يتيسر عليه ذلك يفتى بالقول الاول لانه ايسر قال وكان المرغيناني يفتي به وقال في المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من اقل شجة لها ارش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها ارش او ثلثها وجب نصف او ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد ذكر القولين فكانه جعله والاشبه ان يكون هذا تفسيرا لقول الكرخي وقال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح لان عليا كرم الله وجهه اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل كل ذلك من الزيلعي ٥ وفي اصابع اليد الواحدة وحدها او مع الكف نصف الدية لان في كل اصبع عشرا من الابل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف ولو بلا كف او مع كف ولا يزاد لاجل الكف بسبب الكف لان الكف تبع للاصابع في حق البطش لان قوة البطش بها وقال صلى الله عليه وسلم في اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يبطش بها البطش لان اسم اليد يدل على القدرة والقوة والقوة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لان منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع وفي الاصابع مع نصف الساعد نصف دية وحكومة نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف الساعد وهو قول ابي حنيفة ومحمد ورواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على الاصابع من اليد والرجل الى اصل الفخذ تبع فلا تزيد به الدية لان الشارع اوجب في اليد الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع ولان الساعد ليس له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر ان اليد اسم لالة باطشة والبطش وقوة البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها في البطش وكذا في الارش ولا يتبع البطش الساعد اصلا ولا تبعا فلا يتبعه في الارش ولانه لو جعل تبعا لا يخلو اما ان يجعل تبعا للاصابع او الكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف والى الثاني فان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم ان اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هي اسم للزند اذا ذكرت في موضع القطع بدليل اية السرقة ٥

وفي قطع كف من المفصل فيها اصبع عشر الدية وان كان فيها اصبعان فخمسها
ولا شيء في الكف يعني ان كان في الكف اصبع او اصبعان فيقطعهما من المفصل
يجب عشر الدية في الاصبع الواحدة وخمسها في اصبعين ولا يجب في الكف
شيء عند ابي حنيفة وعند محمد وابي يوسف يجب الاكثر من ارش الكف ودية الاصبع
او الاصبعين ويدخل الاقل فيه يعني عندهما ينظر الى ارش الكف وهو حكومة
والى ارش ما فيها من الاصبع فيجب اكثرها ويدخل القليل في الكثير لان الجمع
بين الارشين متعذر اجماعا لانهما جنايتان بفعل واحد في محل واحد فلا يجب
الارشان وكذا اهدار احدهما متعذر ايضا لان كل واحد منهما اصل من وجه
اما الكف فلان الاصابع قائمة به واما الاصابع فلانها هي الاصل في منفعة البطش
فاذا كان كل واحد منهما اصلا من وجه رجحنا بالكثرة ولابي حنيفة ان الاصابع اصل حقيقة
لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة به وكذا حكما لانه صلى الله عليه وسلم
جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب في اليد نصف الدية ثم جعل في كل اصبع
عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف
والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض
حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما
اولى من الترجيح بالكثرة الا يرى ان الصغار اذا اختلطت مع المسان يجب فيها الزكاة
تبعا وان كانت الصغار اكثر ترجيحا للاصل ولان ارش الاصبع ثابت بالنص
وليس في الكف ارش مقدر شرعا فلو ثبت انما يثبت بالراي والاجتهاد وذلك
لا يصلح لابطال المنصوص عليه لما عرفنا ان الاجتهاد لا يصار اليه الا للضرورة
وان كان فيها اي في الكف ثلاث اصابع فدية الاصابع ولا شيء في الكف اجماعا
لان الاصابع اصول وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة
وهي اي دية هذه الاصابع الثلاثة ثلاثة اعشار الدية اجماعا يعني لزوم دية
الاصابع متفق عليه كما ان الاول مختلف فيه وفي الاصابع الزائدة حكومة عدل
لانها جزء الآدمي فيجب الارش فيها تشريفا له وان لم يكن فيها نفع ولا زينة
كما في السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زائدة لان
المساواة شرط لوجوب القصاص في الاطراف ولا يعلم تساويهما الا بالظن
فاذا تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر شرعا فيجب
فيها حكومة عدل وكذا في الشارب يجب حكومة عدل في الصحيح لانه
تابع للحية فصار طرفا من اطراف اللحية ولحية الكوسج قال الفاضل
الزيلعي واختلفوا في لحية الكوسج والاصح انه ان كان على ذقنه شعرات
معدودة وليس في خده شيء لا يجب فيها شيء لان وجودها يشينه
ولا يزينه وان كان على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل
وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته جمال كامل
وثدي الرجل حيث يجب فيه حكومة عدل ايضا لانه ليس فيه تفويت جنس
المنفعة حتى يجب الدية كما في ثدي المرأة على ما ذكرنا فيما سبق
وذكر الخصي والعنين ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء
والرجل العرجاء والسن السوداء حيث لا يجب في هذه الاشياء الدية لعدم فوات
جنس المنفعة وعدم جمال السن السوداء ولكن يجب الحكومة تشريفا للآدمي لانها اجزاء
وقال الشافعي يجب دية كاملة في ذكر الخصي والعنين لقوله صلى الله عليه وسلم
وفي الذكر الدية من غير فصل ولنا ان المنفعة وهو الايلاج والانزال والاحبال هي
المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لا يجب فيها دية كاملة كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء

وكذا

وكذا يجب الحكومة في عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحة ذلك
اي صحة كل منها بما يدل على ابصاره وتحرك ذكره وكلامه يعني في اعضاء الصبي
اذا لم يعلم صحتها وسلامة منفعتها لا يجب الدية بالشك والسلامة وان كانت ظاهرا
لكن الظاهر لا يصلح حجة للالزام واستهلال الصبي ليس بكلام انما هو صوت وصحة اللسان
تعرف بالكلام وصحة الذكر بالحركة والعين بما يستدل على الابصار واذا عرفت صحته
ذلك فهو كالبالغ وان شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه ولم ينبت
دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء كالنفس
فيدخل ارشها كما في النفس وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى
لو نبت الشعر يسقط ارشها ويجب الدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد
وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده كلها وحاصله
ان الجناية متى وقعت على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش احدهما اكثر
دخل الاقل فيه ولا فرق في هذا بين ان يكون الجناية عمدا او خطأ وان وقعت
على عضوين لا يدخل ويجب لكل منهما ارشه سواء كان عمدا او خطأ عند ابي حنيفة
لسقوط القصاص عنده وعندهما يجب للاول القصاص ان كان عمدا وامكن
الاستيفاء والا فكما قال ابو حنيفة وقال زفر لا يدخل ارش الاعضاء بعضها في بعض
لان كلا منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وان ذهب
سمعه او بصره او كلامه لا يدخل ارش الموضحة في الدية يعني لو شج موضحة
فذهب احد هذه الاشياء لا يدخل ارش الموضحة في دية احد هذه الاشياء عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يدخل ارش الموضحة في دية السمع او الكلام ولا يدخل
في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة واما السمع والكلام
فيلحقان بالعقل لكونهما باطنين عن الظاهر فيدخل في كل منهما ارش الموضحة كما يدخل في
دية العقل ولهما ان كل واحد من هذه المنافع اصل بنفسه فيتعدد الجناية بتعددها
ولا يدخل بعضها في بعض لان الحكم يتعدد بتعدد اثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل
لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس
او نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح في الجسد وقال الحسن
ارش الموضحة لا يدخل في دية العقل ايضا لاختلاف محل الجناية فان محل العقل غير محل
الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر لاتحاد سببهما على ما بينا كذا في الزيلعي
وان ذهب بها اي بالموضحة عيناه فلا قصاص ويجب ارشها اي ارش الشجة وارش
العينين عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين
والاصل عنده ان الفعل اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين
او عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان
عضوا واحدا لا يجب لهما ان الفعل وقع في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان
الفعل الواحد يتعدد بتعدد اثره فصار كجنايتين مستحقتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى
الى الاخرى كمن رمى الى رجل فاصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله يجب القود في الاول
والدية في الثاني ولابي حنيفة ان الجزاء بالشلل والجرح الاول سار وليس في وسع الساري
فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سراية ان فعله اثر في نفس واحدة
والسراية عبارة عن ان تتعاقب الجناية على البدء وتحقق ذلك في نفس واحدة في
كما يتحقق في الطرف مع النفس بان هلك من الجناية بخلاف ما تقدم فان الفعل في النفس الثانية مباشرة
ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد ان يجعل ذلك في حكم فعل
وفي النفس الواحدة لا يحتاج الى ان يجعل كفعلين لانه فعل واحد حقيقة والسراية فيها مقصودة
فاورثت نهاية شبهة الخطأ في البداية لان الفعل اذا صار لا يوجب القصاص يعاقبه اثره في كل بدايته

ولا قصاص اصلاً في اصبع قطعت فشلت اخرى عند ابح وعندهما وهو قول زفر والحسن
يقتص من المقطوعة وتجب الدية في الاخرى التي شلت والوجه من الجانبين ما تقدم في المسئلة
التي قبلها ولو قطع مفصلها اي مفصل الاصبع الاعلى فشل ما بقي من المفاصل كذا في الرمز
شرح الكنز ولعلها احسن سدده فلا قصاص بل الدية فيما قطع وحكومة عدل فيما شل اجماعاً
قال الفاضل الزيلعي وان كان عضواً واحداً بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي
منها يكتفي بارش واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع بما بقي يجب دية المقطوع و
يجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع وقال صاحب الهداية وان قطع اصبع رجل
من المفصل الاعلى فشلت ما بقي من الاصبع واليد كلها لا قصاص عليه في شيء
من ذلك وينبغي ان يجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل انتهى
يقول الفقير فيما ذكره الفاضل الزيلعي من الترديد بقوله ان لم ينتفع بما بقي الخ
تامل وايضاً ما قاله صاحب الهداية من قوله فشلت ما بقي من الاصبع واليد كلها
بحرف الواو محل تامل والظاهر ما ذكره صاحب الرمز تامل ولا قصاص
لو كسر نصف سن فاسود باقيها بل يجب دية السن كلها وكذا لو احمر
باقيها او اخضر او اصفر وهذا كله بالاجماع ولو قال اقطع المفصل في المسئلة الاولى
واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور من السن واترك الباقي ليس له ذلك
لان الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود بل موجباً للدية فصار كما اذا شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة ليس له ذلك فكذلك هنا
ولو اسودت السن كلها بضربة وهي اي السن قائمة فالدية في الخطأ
على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكن للمجني عليه ان يضرب
ضرباً يسوده وكذا لو احمرت او اخضرت يعني لا يجب القصاص بل يجب الارش
في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله واما لو اصفرت ذكر شيخ الاسلام
ان فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم يجب كمال ارش السن كما في الاسود او الاحمر
وبعضهم قالوا يجب حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت
الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الناس
وانما تمكن فيه نوع نقص فيجب حكومة عدل واما الخضرة والحمرة والسواد
لا يكون لون الاسنان بحال فيكون مفوتاً الجمال على الكمال
ولو قلعت سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط ارشها عند ابح
خلافاً لهما لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى
فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال آخر
ولابح ان الجناية قد زالت معنى وهذا لان الموجب افساد المنبت
ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة ولا الزينة هـ
وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل هذا اذا نبت
مثل الاولى وان نبت معوجة فعليه حكومة عدل عند ابح
ولو نبت الى النصف فعليه نصف الارش وفي سن الصبي يسقط اجماعاً
لعدم فساد المنبت حيث نبت مكانها اخرى وتمحض الثانية بدلاً عن الاولى كما هو العادة
في الصبي فلم يكن الجناية متحققة وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها فنبت عليها اللحم
لا يسقط ارشها اجماعاً وعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود
وفي النهاية قال شيخ الاسلام هذا اذا لم يعد الى حالها الاولى وبعد النبات في المنفعة والجمال
واما اذا عادت فلا شيء عليه وكذا لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت يعني يجب
لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها ثم نبتت مكانها اخرى فعليه
الارش للمقتص منه لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى

ويستأني في الاستيفاء اي الانتظار قال صاحب الغرر استأني انتظر ومنه يستأني في
بالجراحات اي ينتظر ماله في قصاص السن وفي قصاص الموضحة حولاً وكذا ينبغي ان ينتظر البالغ
عن النبات ولا لتيام لان فيه تضييعاً للحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت ويلتئم فيها
فاذا مضى الحول ولم ينبت ولم يلتئم قضينا بالقصاص ثم اذا نبت او التأم تبين
انا اخطأنا فيه وكان الاستيفاء بغير حق غير انه يسقط القصاص للشبهة فيجب الارش
وقال صاحب النهاية ثم هذه الرواية مخالفة لرواية التتمة فانه ذكر فيها يستأني
في سن البالغ حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ
نادر فلا يفيد التأجيل الا ان قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يعرف عاقبته
وفي الذخيرة جعل الاستيفاء مطلقاً في فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً الحول لقوله صلى الله عليه وسلم
في الجنايات كلها يستأني حولاً وانما قدر بالحول لان السنة مشتملة على الفصول التي
جعل بها قوام الانسان وهي الحرارة واليبوسة والرطوبة فوجب الانتظار سنة حتى تمر
عليه الفصول الاربعة من السنة فلعل فصلاً من فصول السنة يوافق طبع المجني عليه فيبرأ
جراحته ويلتئم او يخالف طبيعته فيموت فكان مضي السنة في الغالب سبباً للبرء
او التلف كما قدرت مدة العنين بالسنة لهذا وفي المجرد عن ابح اذا نزع انسان
ينبغي للقاضي ان يأخذ ضميناً من النازع ثم يؤجله سنة من يوم النزع فاذا مضت سنة
ولم ينبت اقتص منه انتهى ما ذكره صاحب النهاية وكذا لو ضرب سنه فتحركت
يستأني حولاً ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي فجاء المضروب وقد سقط سنه فاختلفا
في سبب سقوطها بعد قال المضروب سقط بضربك وقال الضارب انما سقط بسبب
آخر فان كان الاختلاف قبل مضي السنة فالقول للمضروب مع يمينه ليكون التأجيل
مفيداً وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون
القول فيه للضارب مطلقاً لان الموضحة لا تورث المنقلة واما التحريك فيورث
السقوط ويؤثر فيه فافترقا وان كان الاختلاف بعد مضيها فللضارب لانه ينكر
اثر فعله وقد مضى الاجل الذي ضرب للسن فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء
على الضارب وعن ابي يوسف يجب حكومة عدل ولو شج رجلاً فالتحمت الشجة
ونبت الشعر ولم يبق لها اي للشجة اثر يسقط الارش عند ابح لزوال الشين
الموجب وعند ابي يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة العدل لان الشين
وان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقومه يقول الفقير كيف يكون فيه حكومة على
تفسير الطحاوي بعد ما نبت الشعر ولم يبق لها اثر اللهم الا ان يقال
يقوم سالماً من الاصل ومجروحاً قد برأ لكنه بعيد تدبر وعند محمد يجب اجرة
الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك
من ماله واعطى للطبيب الا ان ابا ح يقول المنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة
والمضاربة الصحيحين او بشبهة العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق
الجاني فلا يلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئاً لانه لا قيمة لمجرد الالم
الا يرى ان من ضرب انساناً ضرباً مؤلماً من غير جرح لا يجب عليه شيء من الارش
وكذا لو شتمه شتماً يؤلم قلبه لا يضمن شيئاً وفي شرح الطحاوي فسر قول ابي يوسف
ارش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد
وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره يبتني على الاختلاف المذكور من سقوط الارش
عند ابح ووجوب ارش الالم عند ابي يوسف ووجوب اجرة
الطبيب عند محمد وان بقي اثره فحكومة العدل بالاجماع وقيد وضع المسئلة
بقوله لو جرحه لانه اذا ضربه ولم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق
كذا في النهاية يقول الفقير لكنه يؤدب الضارب على ضربه على ما مر مثله هـ

ولا يقتص لجرح او طرف او موضحة الا بعد البرء وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ان يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال ان يسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء فيستقر وكل عمد سقط فيه القود بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فالدية فيه في مال القاتل وكذا كل ما وجب صلحا او اعترافا او لم يكن نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق في المخطئ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ والذي وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما تتحمل ما وجب بالقتل ولذا ما لزم بالاقرار لا تتحمل العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم وانما لا تتحمل اقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدي الى التحميل لعجزه عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب في مال القاتل مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دون ارش الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة وقال الشافعي ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر بدل المتلفات والتاجيل في دية القتل خطأ يثبت شرعا تخفيفا لانه معذور ولا كذلك العامد فلا يستحق التخفيف فيجب حالا الا يرى ان تحميل العاقلة لما كان تخفيفا عنه لا يستحقه فكذلك لا يستحق هذا التخفيف ولنا ان هذا مال وجب بنفس القتل فيكون كما اذا وجب بالقتل خطأ او شبه عمد او بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتاجل الا بالشرط كسائر العقود والمعنى فيه ان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال اصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم مقامه وقيمة الشيء ما يقوم مقامه وانما عرفنا تقومه بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلاث سنين وايجاب المال حالا زيادة على ما اوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما لا يجوز ايجاب الزيادة عليها اوجبه الشرع قدرا وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمد كل واحد منهم عمد حتى تجب الدية في ماله حالا لان العمد هو القصد وهو ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمدا لا خطأ وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لانهم ليسوا من اهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الاخر من المال لانهم اهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لا يقطع ايديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق لما قلنا ولهذا يجب عليهم التكفير بالمال لانهم اهل للغرامات المالية دون الصوم لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنه بالقتل ولنا ان مجنونا صال على رجل بسيف ورفع ذلك الى علي كرم الله وجهه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقال عمده وخطاه سواء ولان الصبي مظنة الرحمة قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولانه لا يتحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو بالعلم والعلم بالعقل وهم عديمو العقل فكيف يتحقق منهم العمد وصاروا كالنائم وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا اهلها والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة بمعنى ان فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا يجب عليهم عقوبة وكذا سبب الكفارة يكون بين الحظر والاباحة لتكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك يبتنى على الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف يجب عليهم الكفارة مع ان الكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهم مرفوع عنهم القلم

فصل

لما فرغ من احكام الاجزاء الحقيقية شرع في احكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء او لما فرغ من بيان احكام القتل المتعلقة بالادمي من كل وجه شرع في بيان الاحكام المتعلقة بالادمي من وجه دون وجه وهو الجنين وهذا لان الجنين ما دام مختفيا في البطن ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الام ومن ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلته غرة من المال خيار كالفرس والبعير النجيب والعبد لان الغرة ومنه الحديث وجعل في الجنين غرة عبدا او امة ولكنه صلى الله عليه وسلم عين البيان فلا يقبل في دية الجنين الا غلام ابيض او جارية بيضاء كذا في المغرب وذكر في مبسوط شيخ الاسلام سمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة وقيل لانه اولى شيء من الانسان كذا في النهاية خمسمائة درهم بيان لها وهو نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة لان دية المرأة نصف دية الرجل فيكون عشرها خمسمائة كما ان نصف عشر دية الرجل خمسمائة درهم ايضا والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته لا يقال الظاهر انه حي او معد للحياة لان الظاهر حجة يدفع لا الاستحقاق دون الاستحقاق او القياس ان يجب كمال الدية لانه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح وجه الاستحسان ما روي ان امرأة من هذيل ضربت بطن فاختصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبد او امة قيمته خمسمائة وروي او خمسمائة وقضى بدية المرأة على عاقلة الضاربة رواه البخاري ومسلم وعن الامام المحبوبي ان زفر سئل عن هذه المسألة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل والحال انه لا يخلو من انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر ثم جاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجاب ابو يوسف بما اجاب فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال ابو يوسف التعبد معنى هو ثابت بالسنة من غير ان يدركه العقل وهو حجة على مالك في قدرها ستمائة ثم انها على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه صلى الله عليه وسلم [illegible] دية حيث قال قوموا فدوه فقالوا اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل فقال صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعه واراجيز العرب فعلم انه عقوبة والدية بدل النفس وقال الشافعي تجب في ثلاث سنين لانه بدل النفس [illegible] انه يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله قضى بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبهين بالاول في حق التوريث وفي وجوب الدية وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لانه بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين حتى لو قتل عشرة انفس يجب على عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين ويستوي في الجنين الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان التفاوت في الاحياء انما ثبت لتفاوت معنى الادمية فيهما فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا يملك سوى المال فكان الذكر ازيد منها في خصوص وهذا المعنى معدوم في الجنين اذ لا يملك ولا يستحق من الاعتاق وتوابعه والنسب ولا يستحق شيئا من المال الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر والانثى فيها ولانه قد لا يعرف الذكر فيتعلق الكل بمقدار واحد تيسيرا فان القت الجنين حيا فمات ففيه الدية كاملة لانه قتل ادميا خطأ او شبه عمد فيجب فيه الدية كاملة وان القته ميتا فماتت الام تجب لما روينا من حديث الهذلية ولانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما وهذا لما عرفت من ان الفعل اذا فيهما كما اذا رمى شخصا فاصابه ونفذ منه الى اخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطأ

وان ماتت الام فالقته اي الجنين حيا فمات فديتها ودية لانه قتلهما فصار كما اذا القته حيا
وان ماتت الام فالقت الجنين ميتا فديتها فقط دون دية الجنين
وقال الشافعي تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا كما اذا القته ميتا
وهي حية ولنا ان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها
فيختنق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص اذ الاحتمال فيه اقل فلا يضمن بالشك
وما يجب في الجنين يورث عنه ولا يرث منه الضارب فلو ضرب بطن امرأته فالقت
ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها ابو الضارب وانما يورث لانه نفس من وجه
على ما بينا والغرة بدلها فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيئا لانه قاتل مباشرة
ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة وفي جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا
لو ذكرا وعشر قيمته لو انثى وقال الشافعي يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه
وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها
وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له والدليل على انه بدل نفسه
ان الائمة قد اجمعت على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب
الا عند نقصان الاصل ويؤيد ذلك ان ما يجب في جنين الحرة موروث ولو كان
بدل الطرف لما ورث وقد ثبت انه ضمان النفس كانت ديته مقدرة بدية نفسه لا
بل بدية نفس الجنين ان لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا
وعشر ديته ان كان انثى فكذلك في جنين يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان
مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة الحر فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته
ان كان انثى وعند ابي يوسف ان نقصت الام بذلك ضمن نقصانها لان نقصان الام
والا فلا لان لم تنقص الام بذلك فلا يضمن اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان
في قتل الرقيق ضمان مال عنده فيصح الاعتبار بجنين البهائم على اصله وهذا اذا كان
الجنين من غير مولاها او من غير الزوج واما اذا كان من احدهما ففيه الغرة المذكورة
في جنين الحرة ذكرا كان او انثى لانه حر فان ضربت فاعتق سيدها حملها
فالقته حيا فمات يجب قيمته حيا لا ديته وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب
وهو قد صادفه وهو رقيق فيجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو حي فاعتبرنا
حالتي السبب والتلف فاوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب فهو الضرب
لانه رقيق ح واوجبنا عليه قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا لحالة التلف
لا يقال هنا اعتبار لحالة الضرب اذ الواجب في تلك الحالة ايضا قيمته فقط
متعلقا بعدمه لجواز ان لا يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هناك بل يجب الغرة
ولا كفارة في الجنين وقال الشافعي يجب الكفارة لانه نفس من وجه فيجب احتياطا
لما فيها من العبادة ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة
لانها تتادى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا يتعداها لان العقوبة لا يجري
قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل ويستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة
قال الزيلعي فهو قول الشافعي هنا مشكل لانه كان يعتبره جزءا حتى اوجب فيه عشر قيمة الام وهنا اعتبره نفسا
حتى اوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزءا من وجه ولهذا لم يجب كل البدل فكذا لا يجب فيه الكفارة لان الاعضاء
والمستبين بعض خلقه كتام الخلق يعني الجنين الذي استبان بعض خلقه كالتام في جميع ما ذكرنا من الاحكام
لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق الاحكام كامومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا
وان شربت دواء او عالجت فرجها لتطرح جنينها حتى طرحته فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن زوجها
لانها اتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هي من الغرة شيئا لانها قاتلة بغير حق
وان فعلت باذنه فلا تجب الغرة لعدم التعدي ولو فعلت لعلو الدية كي تسقطها حتى سقط فلا شيء عليها ولا تأثم
لاستحالة وجوب الدية لنفسه ولو تحققت وجبت الغرة لانه تبين انه ليس [illegible]
[illegible] فضاربت فالقت الجنين فيجب الغرة [illegible] ان شئت ادفع الجارية وان شئت اعط

باب ما يحدث في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول اولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة
واما لكثرة وقوعه ومن احدث في طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا
قيل هو البرج وقال فخر الاسلام الجرصن جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه
قال صاحب المغرب الجرصن دخيل وقد اختلف في تفسيره قيل البرج وقيل مجرى ماء يركب
في الحائط وعن البزدوي جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه وهذا هو الاصح
اجدر في الاصول وقال صاحب النهاية الجرصن بضم الجيم وسكون الراء المهملة وضم الصاد
المهملة كاف جرين او دكانا وسعه ذلك ان لم يضر بهم اي بالعامة لان الطريق
معدة للتطرق وهو حق العامة وفي احداث شيء فيما هو حق العامة المسلمين يعتبر الضرر
لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام فيما يتحقق فيه الضرر
اثم للاضرار بغيره وفيما لا يتحقق فيه الضرر لا يكون اثما باحداثه ولكل منهم
اي لكل واحد من العامة ممن له الخصومة كالمسلم البالغ العاقل والذمي فيه كذا لم نزعه وحطه
لبيته بالنقض لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة بنزعه ونقضه كما في الملك
المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم
لان خصومة المحجور عليهم لا تعتبر في ماله فكيف فيه هذا انا بين لنفسه وانما الذمي
للمسلمين فلا ينقض كذا روي عن محمد وقال اسمعيل الصفار انما ينقض بخصومة اذا
لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو اراد به ازالة الضرر
عن الناس بدا بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم انه متعنت وتفصيل هذا المقام
ان الكلام في هذه المسئلة في ثلاث مواضع احدها في انه هل يحل الاحداث في الطريق ام لا
والثاني في الخصومة في منع الاحداث فيه ورفعه بعده والثالث في ضمان ما تلف
بهذه الاشياء اما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له
ان يحدث ذلك وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه
لان الانتفاع في الطريق بالمرور ثابت من غير ان يضر باحد جائز فكذا ما هو مثله
فيلحق به اذا احتاج اليه واذا اضر بالمارة لا يحل له لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر
ولا ضرار في الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التاخير اذا طالبه صاحبه
ولو لم يطالبه جاز له تاخيره وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز
ان لم يضر باحد وان اضر لم يجز لما قلنا واما الخصومة فيه فقال ابو حنيفة
لكل احد مسلما كان او ذميا ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع
سواء كان فيه ضرر او لم يكن بغير اذن الامام لان التدبير في امور العامة الى
الامام وعلى قول ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع وليس له
ان يكلفه الرفع بعد الوضع لانه بالوضع صار في يده خاصة والذي يخاصمه يقصد بذلك
يريد ابطال يده الخاصة من غير ضرر بنفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع
لانه ليس فيه يد خاصة ولكل احد يد فيه يريد الاحداث بتقصد ابطال
ايديهم العامة وادخاله في يده الخاصة فكان لكل ان يمنعه من ذلك وعلى قول محمد
ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له شرعا
الايهام يجوز له ذلك ان يمنعه احد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما
لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع احرى وولايته اقوى فصار كما لو [illegible]
حتى لا يجوز لاحد ان يمنعه منه وجوابه ان هذا الانتفاع بالمرور وضع له الطريق فكان
لم منعه وان كان جائزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد ان
كذا في شرح الزيلعي وفي الطريق الخاص لا يسعه بلا اذن الشركاء وان لم يضرهم
لان الطرق التي هي خاصة فهي نافذة مملوكة لاهلها فهم فيه شركاء ولهذا يستحقون

فالتصرف في ملك الشركة من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل اضر بهم او لم يضر
بخلاف العام لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر باحد ولانه لو كان
الطريق عاما يتعذر الوصول الى اذن الكل فيجعل كل واحد كانه هو المالك وحده
في حق الانتفاع ما لم يضر باحد ولا كذلك غير النافذة لان الوصول الى اذنهم ممكن فبقي
على الشركة حقيقة وحكما وعلى عاقلته دية من مات بسقوطه اي بسقوط ما احدث
فيهما اي في الصورتين كما لو حفر بئرا في طريق او وضع حجرا فتلف به انسان
لانه متسبب لهلاكه متعد في احداث ما يتضرر به المار وكذلك على عاقلته الدية
لو عثر من العثار لا من العثور وهو ظ بنقضه انسان وان وقع العاثر على آخر
فمات فالضمان على من احدثه لانه بمنزلة الدافع فكانه دفعه بيده على غيره ولا ضمان على الذي
عثر لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وان اصاب طرف الميزاب الذي في الحائط
فلا ضمان وان اصاب الطرف الخارج في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه
لانه وضعه في ملكه وان اصاب الطرف الخارج من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه
متعديا ولا ضرورة لانه لا يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث
لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصاب الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر
النصف ولو لم يعلم اي طرفيه اصابه يضمن النصف استحسانا اعتبارا للاحوال
لانه يضمن في حال ولا يضمن في حال فيتوزع الضمان على الاحوال كما في النظائر الجانبين
والقياس ان لا يجب عليه شيء لانه ان اصابه ما كان خارجا يضمن وان اصابه ما كان
داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفي الشغل شك
فحاصل مسئلة الميزاب على تقدير الهلاك عند سقوطه على اربعة اوجه بالقسمة العقلية وذلك
لانه اما ان يعلم انه اصابه الطرف الداخل الذي يلي الحائط او علم انه اصابه الطرف الخارج
من الحائط او اصابه الطرفان جميعا او لم يعلم اي طرفيه اصابه من الداخل والخارج
والاولان ذكرهما المص والاخيران ذكرناهما نقلا عن الهداية وشروحها
كمن حفر بئرا او وضع حجرا في الطريق متعلق بحفر ووضع على سبيل التنازع
فتلف به انسان متصل بقوله وعلى عاقلته دية من مات آه كما اشرنا اليه فيما سبق
يعني كما ان من حفر بئرا او وضع في الطريق فتلف به انسان يكون ديته على عاقلة
الحافر او الواضع فكذا على عاقلة دية من مات بسقوط ما احدث من الكنيف والميزاب
والجرصن والدكان وان تلف به اي بالحفر او الوضع او بسقوطه بهيمة فضمانها
اي ضمان البهيمة في ماله اما الضمان فلانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه واما عدم كون
الضمان على العاقلة فلان العاقلة لا تتحمل ضمان المال وتتحمل ضمان النفس فيكون ضمانا
في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق كوضع الحجر لان كل ذلك تسبب
بطريق التعدي هذا اذا فعله اي جميع ما ذكر بلا اذن الامام فان فعل
شيئا من ذلك باذنه اي باذن الامام فلا ضمان لانه يكون غير متعد حيث فعل ما فعل
باذن من له الولاية في حقوق العامة لكن قالوا وانما يحل للامام ان يأذن بذلك
ان كان لا يضرهم بان كان الطريق واسعا واما اذا كان يضرهم بان كان الطريق
ضيقا لم يكن للامام ذلك وقال بعضهم هذا اذا كان فيه مصلحة ظاهرة واما اذا كان فيه
يضمن وان حفر باذن الامام لان اذنه لا يفيد فيما لا يكون فيه مصلحة بل يكون فيه مفسدة
ولو مات الواقع في البئر جوعا او غما بضم الغين المعجمة او فتحها والمراد منه هنا الاختناق
من هواء البئر فلا ضمان على حافره وان حفر بلا اذن الامام عند ابي ح وعند محمد عليه الضمان
في الوجوه كلها وعند ابي يوسف عليه الضمان في الغم لا في الجوع لانه لا سبب
للغم سوى الوقوع فيه واما الجوع والعطش فلا يختصان بالبئر والجدار فلذا حصل له بسبب الوقوع في البئر
ولولا ذلك لا يقع في الغم ولا في الجوع لقرب الطعام ولابي ح انه مات بمعنى في نفسه وهو الجوع والغم والضمان انما يجب اذا مات

وان وضع

وان وضع حجرا فنحاه آخر عن موضعه فتلف به نفس او مال فضمان ما تلف به على الثاني لان فعل
الاول قد انتسخ ولو اشرع جناحا الى الطريق قال صاحب القاموس الجناح الروشن
ثم قال الروشن الكوة وقال صاحب المغرب الروشن الممر على العلو وقال صاحب الكفاية
الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين يتمكن من المرور انتهى وقال صدر الشريعة
اشراع الجناح اخراج الجذوع الى الطريق والبناء عليها وهو المناسب لان يراد هنا
في دار ثم باعها اي الدار فضمان ما تلف به اي بالجناح عليه اي على المشرع البائع
لان فعله وهو الاشراع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب للضمان وكذا لو وضع
خشبة في الطريق ثم باعها اي الخشبة وبرئ البائع الى المشتري متعلق ببرئ على تضمين
معنى الارجاع وما هو في معناه منها اي من الخشبة فتركها اي الخشبة المشتري
فضمان ما تلف بها اي بالخشبة على البائع ايض لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال
ملكه وهو الموجب قيل المشتري ايض متعلق بترك الرفع واجيب بان سبب ضمان
القتل اما المباشرة او السبب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق
ولم يفعل حتى عطب به انسان فلانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب
ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق الجمر شيئا ضمنه الواضع لانه متعد فيه ولو احرق الجمر بعد ما
حركته الريح الى موضع آخر شيئا لا يضمن ان كانت الريح ساكنة عند وضعه لنسخ الريح
فعله واذا لم تكن ساكنة ضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرة
وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي وكان شمس الائمة الحلواني يقول بعدم الضمان
مطلقا اي سواء كان اليوم يوم ريح او لا وقال صاحب النهاية في شرح قول صاحب الهداية
لو حركته الريح اي لو حركت الريح عين الجمر ثم قال وانما قيدنا به لان عند بعض اصحابنا
الريح اذا ذهبت بشررها ولم تذهب بعينها يكون عينه باقية في مكانه ويكون
الجناية باقية فيكون ضمان ذلك عليه انتهى وفي القنية اوقد نارا في داره في يوم
ريح لاحراق الحشيش فتعدت الى الكدس جاره فاحرقته يضمن ان كانت الريح تذهب
الى جانب الكدس والا فلا ويضمن من حمل شيئا في الطريق ما تلف بسقوطه
اي بسقوط المحمول منه اي من الحامل يعني من حمل شيئا في الطريق فسقط المحمول
على انسان او على شيء آخر فتلف ضمن الحامل لان حمل المتاع في الطريق على رأسه او على
ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف او الى الصيد وكذا
يضمن من ادخل حصيرا او قنديلا او حصاة كما هو مفهوم من جعل الحصا على [illegible]
المسجد واما في عرفنا ففرشه الحجر غالبا الى مسجد فيه بلا اذن الغير فعطب به
اي بكل من هذه الاشياء احد عند ابي ح خلافا لهما لان هذه الاشياء
من القرب وكل واحد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة
ولابي ح ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام و
اختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط
السلامة وكان فعل غيرهم مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة
اذا اخطأ طريق القربة كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن
اخطأ الطريق لان شرطها ان يكون الشهود اربعة حتى يسمع شهادته
فاذا لم يوجد انقلب الشهادة قذفا واستوجب الحد والطريق فيما نحن فيه
الاستيذان من اهل المسجد كذا في الهداية ولو ادخل هذه الاشياء الى المسجد حسبة
فعطب به واحد منها لا يضمن اجماعا لما بينا ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله
لا لغيرهم فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة هـ
وكذا لو تلف شيء بسقوط رداء هو لابسه يعني لو لبس رداء
فسقط الرداء على انسان فعطب به لا يضمن

والفرق بينه وبين الشيء المحمول ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا يكون في التقييد
بوصف السلامة حرج واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بوصف
السلامة فجعل في حقه مباحاً مطلقاً وعن محمد رح انه اذا لبس زيادة على قدر الحاجة
او ما لا يلبسه عادة كلبس الجوشن في غير موضع الحرب والجوالق يضمن لانه لا حرج
تعود لبسه وسقوط الضمان باعتبارها لعموم البلوى
ومن جلس في المسجد غير مصل فعطب به احد ضمنه عند ابي حنيفة رح خلافاً لهما فانهما
لا يضمن على كل حال وفي هذا اشارة بقوله ولا فرق بين جلوسه لاجل الصلاة
وللتعليم او لقراءة القرآن او نام فيه في اثناء الصلاة وبين ان يمر فيه
لحاجة من الحوائج او يقعد للحديث فعطب به رجل ان كان كلاماً حراماً ضمن
وان كان كلاماً مباحاً اختلف فيه كذا في ابن الملك شرح مجمع البحرين
لهما ان المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها
اسمه فاذا بنيت لها لا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس في المساجد
من ضرورات الجماعة فيباح له ولان المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله صلى الله
عليه وسلم المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة
في الفكر فيتناوله اما النص دلالة والمعروف والقعود للحديث ايضاً مباح
لما روي ان اصحاب الصفة كانوا ملازمين المسجد وقائمين وقاعدين ونياماً
وان الناس ياذنون بالدخول فيه لبسط الحصير وتعليق القناديل واشباهها
وله ان المسجد بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلابد من اظهار التفاوت بين الاصل
والملحق فجعلنا الجلوس للاصل مباحاً مطلقاً والجلوس للملحق مباحاً مقيداً بشرط
السلامة البتة كالرمي الى الصيد فانه مباح لكن بشرط السلامة وكالمشي في الطريق
فانه مباح لكنه بشرط السلامة ايضاً وكالمشي في المسجد لاداء الصلاة في جماعة الاخر فانه
مندوب اليه لكن بشرط السلامة ايضاً وكالرمي الى الكافر فانه مندوب لكن اذا رمى
الى المسلم يضمن دية المسلم فان قلت ان المسجد كما بني للصلاة كذلك بني للذكر لله تعالى
وتسبيحه والاعتكاف فيه كما دلت الايات الجمة عليه فما بالكم جعلتم الجلوس للصلاة
اصلاً والجلوس لغيرها من الذكر والتسبيح وغيرهما ملحقاً قلت ان الصلاة هي
المقصودة من بناء المسجد بدليل الحكم الشرعي والاسم اللغوي والاستعمال العرفي
اما الحكم الشرعي فهو انه اذا ضاق المسجد على المصلي كان للمصلي ان يزعج القاعد
من موضعه حتى يصلي فيه وان كان القاعد مشتغلاً بذكر الله تعالى او بالتدريس
او بقراءة القرآن واما اذا ضاق عن المصلي وقد قعد رجل قبله للصلاة فليس له
ان يزعج السابق عن مكانه لما ان المسجد بني للصلاة مقصودة واما الاسم اللغوي
فهو انه سمي مسجداً لانه موضع السجود للصلاة واما العرف فلان الناس
تعارفوا بناء المسجد لاجل الصلاة لا لغيرها كذا في النهاية ولا فرق
بين مسجد حيه وغيره في الصحيح اما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل
لا يضمن بلا خلاف قال صاحب النهاية وان جلس في المسجد فان كان في غير الصلاة
ضمن عند ابي حنيفة رح اطلق الجلوس في غير الصلاة ولم يقيد ان الجلوس كان للانتظار
في الصلاة او للحديث او للنوم لكن الصحيح من الرواية ان يكون الجلوس مقيداً
لا مطلقاً لان استاذ العلماء الامام المحقق شمس الائمة السرخسي ذكر
في الجامع الصغير في تصحيح الجواب على قول ابي حنيفة رح انه اذا كان الجالس منتظراً
للصلاة فانه لا يكون ضامناً لما يعطب به لقوله صلى الله عليه وسلم المنتظر للصلاة
في الصلاة ما دام ينتظرها وانما الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص
بالمسجد من درس الفقه او الحديث او قراءة القرآن

الحديث حكم في المسجد يوجب الضمان
الكلام ... كذا في شرح المجمع لابن ملك
فليحفظ ... تأمل

وفي الذخيرة

وفي الذخيرة بعد ما ذكر الخلاف بينهم فيما اذا قعد الرجل في المسجد لحديث او نام فيه
او قام فيه لحاجة من الحوائج فعطب به انسان قال ابو حنيفة رح انه ضامن وقال ابو يوسف ومحمد
لا ضمان عليه واما اذا قعد للتسبيح بان كان ينتظر الصلاة او للتدريس او تعليم الفقه او الاحكام
او قعد يذكر الله تعالى او يسبح او يقرأ القرآن فعطب به انسان هل يضمن على قول ابي حنيفة رح
لا رواية لهذا في الكتاب واختلف المتأخرون فقال بعضهم يضمن عند ابي حنيفة رح واليه ذهب
ابو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب الجرجاني واما اذا كان يصلي فعثر به انسان فلا ضمان
عليه سواء يصلي الفرائض او التطوع لان التطوع يصير فرضاً بعد الشروع وقال الفقيه ابو جعفر
في كشف الغوامض سمعت ابا بكر البلخي يقول ان جلس لقراءة القرآن او معتكفاً
في المسجد لا يضمن عندهم جميعاً وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير ان من جلس للحديث
فعطب به رجل يضمن بالاجماع فعلى هذا ما ذكر في الكتاب بقوله ولو كان جالساً للقراءة
القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او نام في غير الصلاة او مر فيه
او قعد لحديث فهو على هذا الخلاف يكون مخالفاً لهذه الروايات والله اعلم بما هو الصحيح
انتهى ما ذكره صاحب النهاية يقول الفقير انما نقلت ما ذكره صاحب النهاية بتمامه لكون غير مرجح
فضل النصيحة للطالبين وفي الجالس مصلياً لا يضمن اجماعاً وان كان الجالس من غير اهله
لما بينا ان المسجد بني للصلاة مقصودة منه ولو استاجر رب الدار عملة جمع عامل
لاخراج الجناح او الظلة من الدار فتلف به انسان بالاخراج شيء فالضمان عليهم اي على العملة
ان تلف قبل فراغ عملهم لان التلف كان بفعلهم وما لم يفرغوا من العمل لم يكن العمل مسلماً
الى رب الدار وهذا لانه انقلب عملهم قتلاً حتى وجب عليهم الكفارة وحرموا من الميراث
والقتل غير داخل في عقده فلم ينقلب فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان تلف بعده اي بعد فراغ
عملهم فعليه اي الضمان على المستاجر رب الدار استحساناً وفي القياس الضمان عليهم
ايضاً لان المستاجر امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد عملوا فاسداً امره فلا يحكم
بالضمان على المستاجر كما لو استاجر رجلاً ليذبح شاة جاره واعلم فذبح ثم
ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر وجه الاستحسان انه لما صح الاستئجار حتى استحقوا
الاجرة ووقع فعلهم عمارة واصلاحاً انتقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه ويضمن
من صب الماء في الطريق العام ما عطب به لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
وكذا ان رشه بحيث يزلق ما يمشي عليه او توضأ به اي بالماء في الطريق واشتغل
الماء الطريق فعطب به احد لما بينا انه متعد فيه وان فعل شيئاً من ذلك المذكور
من الصب والرش والوضوء في سكة غير نافذة وهو اي الفاعل من اهلها اي اهل
السكة او قعد فيها اي في تلك السكة او وضع متاعه فيها لا يضمن
لان لكل واحد من اهلها ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى
كما في الدار المشتركة يعني كما ان لكل واحد من الشريكين ان يفعل فيها
ما هو من ضرورات السكنى كذلك لكل واحد من اهل السكة
ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته
وكذا لا يضمن ان رش ما لا يزلق عادة او توضأ به واستوعب الماء بعض الطريق
لا كله فتعمد المار المرور عليه اي على بعض الطريق الذي فيه الماء مع امكان
ان لا يمر عليه بكونه عالماً بالاحساس لانه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب
في البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علم بان كان ليلاً
او اعمى فانه يضمن ووضع الخشبة في الطريق كالرش في استيعاب الطريق وعدمه
يعني اذا استوعب الطريق يضمن واذا لم يستوعبه لا يضمن وان رش الماء فناء حانوت
قيل الفناء ما امتد من جوانبه ذكر الامام التمرتاشي فناء الشيء ما اتصل به
باذن صاحبه فالضمان على الامر استحساناً

كما لو استأجر الاجير ليبني له في فناء حانوته فتلف به شيء بعد فراغه
يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق
فتلف به شيء بعد فراغه يجب الضمان على الآمر استحسانا فالضمان على الاجير
لفساد الامر ولو كنس الطريق لا يضمن ما تلف بموضع كنسه لانه ليس بمتعد
فيه لانه لم يحدث فيه شيئا وانما قصد اماطة الاذى عن الطريق ولو جمع الكناسة
في الطريق ضمن الجامع ما تلف بها اي بالكناسة لتعديه بشغل الطريق ولا ضمان
فيما تلف بشيء فعله في الملك لانه بفعل شيئا في ملكه لا يكون متعديا او فعله في فناء له لانّ
اي لصاحب الملك فيه اي في الفناء حق التصرف بان لم يكن الفناء للعامة ولا
مشتركا لاهل سكة غير نافذة لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه
واما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة
فانه يضمن ما تلف بشيء فعل فيه لانه يكون متعديا بفعله في غير ملكه هـ
وان استأجر من حفر له في غير فنائه فالضمان على المستأجر ولا شيء على الاجير
ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلم الاجير
فينقل فعله اليه لانه مغرور وصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة
فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر
لان الذابح مباشر والآمر متسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور
ويرجع على الآمر للغرور وههنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل
واحد منهما متسبب لكن الاجير غير متعد لعدم علمه والمستأجر
متعد فترجح جانب المستأجر فيضمن ابتداء وان علم انه غير فنائه
فعلى الاجير اي فالضمان على الاجير لانه لم يصح امره حيث علم الاجير ولا غرور
فبقي الفعل مضافا الى الاجير وان قال المستأجر هو فنائي
وليس لي فيه حق الحفر فالضمان على الاجير قياسا لان الاجير علم بفساد
الامر وضامن المستأجر لانه قال ليس لي فيه حق الحفر والضمان
على المستأجر استحسانا لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق
يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب
وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا
فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال صاحب العناية فان قيل قوله ليس لي فيه
حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر الدلالة بمقابلة الصريح اجيب
بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا
لفظ المبسوط فيكون الصريح محتمل الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى
ومن بنى قنطرة بغير اذن الامام يعني على نهر كبير فتعمد احد المرور عليها اي على القنطرة
فعطب فلا ضمان على الباني لان الباني تعدى لان التدبير في وضع القناطر على الانهار
العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان له جناية بهذا الاعتبار
والجناية تقدر لا محالة فكان الباني متعديا لكن بطريق التسبيب والمار مع
التعمد متعد وهو مباشر فصارت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل
فعل فاعل مختار يقطع النسبة يعني نسبة الهلاك الى الباني كما في الحافر مع الملقي
فان الضمان على الملقي لا على الحافر

فصل في الحائط المائل

لما ذكر احكام مسائل القتل التي تتعلق بالانسان مباشرة وتسبيبا شرع في بيان الحيوان
احكام القتل المتعلقة بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقه ان يؤخر من مسائل جميع
تعلقا بالحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل يناسب الجرصن والجناح والكنيف ونحوها
فالحق مسائل الحائط بها ولهذا الحقها بلفظ الفصل لا بلفظ الباب اظهارا للتبعية هـ

ازمال حائط

ولا فرق ظ

ازمال حائط الى طريق العامة فطولب ربه اي رب الحائط بنقضه من مسلم
او ذمي اي طلب نقضه مسلم او ذمي ولا فرق بينهما لان الناس كلهم شركاء
في المرور فيصح التقدم الى المطالبة من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا
مسلما كان او ذميا كذا في الهداية واشهد عليه قالوا الشرط التقدم اليه و
طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكروا الاشهاد مع عدم لزومه ليتمكن من اثبات
المطالبة عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الطالب
اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد
قبل ان يميل الحائط لانعدام التعدي كذا في الهداية فلم ينقضه في مدة
يمكن نقضه فيها فتلف به اي بانهدامه نفس او مال ضمن عاقلته اي عاقلة
رب الحائط النفس وضمن هو اي رب الحائط المال والقياس ان لا يضمن
وهو قول الشافعي لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه
لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهوا ليس من فعله لان الكلام فيما
اذا بنى الحائط مستويا وجه الاستحسان ما روي عن علي كرم الله وجهه وعن شريح
والنخعي والشعبي وغيرهم من ائمة التابعين وان الحائط لما مال اشتغل هواء الطريق
بملكه ورفعه في قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع
مع التمكن منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا
بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن هلاكه في يده بعده وانا لو لم نوجب
الضمان عليه يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم من الوقوع عليهم
فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجبات فان قيل لو وجب نقض الجدار
لدفع الضرر عن الغير يتضرر صاحب الحائط قيل كم من ضرر خاص يتحمل لدفع الضرر العام
ثم ما تلف به من النفوس يجب فيه الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون
الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى الاستيصال
والعمد لا يتحملها العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشياء على التقدم اليه
في النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه وعلى ان الدار له لان قراره لا يكون حجة
على غيره والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق وما تلف به من الاموال
كالدواب والعروض يجب ضمانه في ماله لان العواقل لا تعقل المال
وكذا لو طولب به من يملك نقضه كاب الطفل يقول الفقير هكذا في النسخ
التي رأيناها بل في نسخ سائر المتون لكن لا ينبغي ان يقول كابي الطفل بالياء
يعرفه من له ادنى ممارسة بقواعد علم النحو فتدبر ووصيه لان لهما ولاية التصرف
في مال الصبي والام كالاب في هذا فالضمان في مال الطفل لان فعلهما كفعله
والتقدم اليهم كالتقدم الى الصبي على تقدير البلوغ فان قيل لو كان كذلك
لما هدر القتل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي
واجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما
باقية وقد زالت بالبلوغ وصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير كذا في العناية
والراهن يعني مالك للنقض كالراهن فيصح التقدم اليه لقدرته على
فك الرهن وارجاع المرهون الى يده والعبد التاجر ولو مديونا
لان له ولاية النقض ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو في رقبته
وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لو له عاقلة لان الاشهاد على العبد وجه على المولى
وضمان المال الحق بالعبد وضمان النفس بالمولى يقول الفقير
وينبغي ان يكون الحكم في الصبي كذلك وان لم نجد
في الكتب التي عندنا صريحا فتدبر

والمكاتب لانه مالك يدا فيكون ولاية النقض له وضمان ما تلف نفساً او مالاً
فيه حكم ضمان ما تلف في العبد التاجر ولا يضمن ان باع ان الحائط ربه بعد الاشهاد
وسلم الى المشتري فسقط لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال
تمكنه بالبيع بخلاف ما اذا اشرع الجناح ثم باع الدار ثم وقع الجناية حيث
يضمن البائع على ما مر لانه كان جانياً بالاشراع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ عن الضمان
كذا قالوا **يقول** الفقير فيه في قولهم لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه
وقد زال تمكنه بالبيع بحث ظ تامل فيه وفيه جوابه ه
ولا يضمن ان طولب بالنقض من لا يملكه ان النقض كالمرتهن والمستاجر
والمودع وساكن الدار العنقه كل واحد منهم العين و والحاصل انه يصح التقدم الى
كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه
وان بناه اي الحائط صاحبه مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه
وان لم يطالب بنقضه لانه تعدى بالبناء كما في اشراع الجناح ونحو
كوضع الحجر وحفر البئر في الطريق وان مال الحائط الى دار رجل فالطلب
لربها اي لرب الدار لان الحق له على الخصوص
الحائط كلام | على الخصوص ظ
او ساكنها يعني ان يسكنها غيره كان له ان يطالبه لان له المطالبة
بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها فيصح تاجيله
وابراؤه اي يصح تاجيل كل من مالك الدار وساكنها وابراؤه في ه
حتى لو سقط بعد الابراء وقبل مضي مدة التاجيل فتلف به شيء لا يلزمه الضمان
لان الحق له فيصح تاجيله واسقاطه ولا يصح التاجيل فيما مال الى الطريق
لان الحق لجماعة الناس ولو كان التاجيل من القاضي او المشهد
على صيغة اسم الفاعل لما ذكرنا انه حق العامة فليس لهما ان يبطل حقهم
وكذا لا يصح الابراء فيه ولو من القاضي والمشهد لهذه العلة بعينها ه
ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد على احدهم اي احد الخمسة ضمن
خمس ما تلف به عند ابي حنيفة وعندهما يضمن نصفه اي نصف ما تلف به
لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر
فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في مسئلة عقر الاسد
ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة
وهو الثقل المقدر لان اصل ذلك الثقل ليس بعلة وهو القليل منه
لان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فيجتمع
العلل واذا كان كذلك يضاف التلف الى هذه العلة
ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة مستقلة
بنفسها للتلف صغرت الجراحة او كبرت الا ان التلف عند المزاحمة
يضاف الى الكل لعدم الاولوية **فان** قيل الواحد من الشركاء لا يقدر
ان يهدم شيئاً من الحائط فكيف يصح التقدم اليه **قلنا** ان لم يتمكن
من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بطريقه وهو المرافعة الى الحكام وبها يحصل الغرض
لان الغرض ازالة الضرر باي طريق كان ولا ينحصر في الهدم وان حفر احد الثلاثة في دار
هي لهم بئراً بغير اذن شريكيه او بنى حائطاً ضمن ثلثي ما تلف به عند ابي حنيفة وعندهما ضمن نصفه
اي نصف ما تلف **و** الدليل من الجانبين مثل ما في المسئلة الاولى التي قبلها الا ان علة الموت | واحدة
في هذه البئر العمق المقدر كما اعتبر في التي قبلها المقدر يعني يقال ان الموت حصل بعلة
وهو العمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل
واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك والله اعلم ه

باب جناية البهيمة والجناية عليها ه

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة
ولا شك لاحد في تقديم الانسان على البهيمة مرتبة فكذا ذكراً يضمن الراكب ما وطئت به ابتداء في
اصابت بيدها او رجلها كانه عطف تفسير لقوله وطئت دابته والا فوطء الدابة هو
الاصابة بيدها او رجلها و بهذا قلنا جعل شراح الهداية قوله ما اصابت بدلاً من قوله
ما وطئت تبرع او رأسها اي اصابت برأسها او كدمت عطف على قوله وطئت او عضت
بمقدم اسنانها او خبطت اي ضربت بيدها او صدمت اي ضربت بنفسها شيئاً يقال
اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه لان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن
لانها ليست من ضرورات السير فتقيد بشرط السلامة عنها والاصل ان المرور في طريق
المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكون
الطريق مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالاباحة بشرط السلامة ليعتدل النظر من
الجانبين فما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده بها مطلقاً يؤدي الى المنع
من التصرف وسد بابه والحال ان باب التصرف مفتوح اذا تقرر هذا فالاحتراز
عن الايطاء والكدم والصدم والخبط ممكن فقيدناه بشرط السلامة عنها لا ما
نفحت الدابة وفي المغرب يقال نفحت الدابة بالفاء والحاء المهملة اي ضربت بحد حافرها
يقول الفقير لكن المراد ههنا الضرب بالرجل سواء كان بحد الحافر او بجنب الرجل بقرينة
قوله برجلها او ذنبها سائرة اذ لا يمكن الاحتراز عنه مع سيرها الا اذا اوقفها
اي الدابة في الطريق فانه يضمن بالنفحة لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه
عن النفحة فصار متعدياً بالايقاف ولا يضمن ما عطبت بروثها او بولها سائرة
فانه لا يضمن ايضاً لما مر من امتناع الاحتراز او موقفة لاجله اي لاجل الروث او البول
لان بعض الدواب لا يفعل ذلك الا بعد الوقوف فيكون مما لا يمكن الاحتراز عنه فان اوقفها
لا لاجله ضمن ما عطبت اي بالروث او البول لانه يكون متعدياً في الايقاف اذ ليس هو من
ضرورات السير فان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غباراً او حجراً
صغيراً ففقأ عيناً او افسد ثوباً لا يضمن لان التحرز عن اصابة الحصاة والنواة واثارة
الغبار والصغار من الحجارة متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنها وان كان حجراً كبيراً ضمن
لان التحرز عن الكبار ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن
ويضمن القائد ما يضمنه الراكب وكذا السائق يضمن ما يضمنه الراكب لانهما
سببان كالراكب فيجب عليهما ما يضمنه الراكب وهذا الحكم مطرد ومنعكس في الما | نوع
في الاصح من المذاهب وقيل قائل القدوري يضمن السائق النفحة ايضاً ولا
يضمنها الراكب والقائد لانها بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع الوقوف وغايته
عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرز عنها وعليه بعض مشايخ العراق
واكثرهم على الاول ووجه الاول ان السائق ليس له على رجلها شيء يمنعها به
عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها وقال الشافعي يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا
وقوله صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل
ولا كفارة عليهما اي على السائق والقائد ولا حرمان ارث ان كان الشرع
موروثاً لهما لانهما سببان والكفارة وحرمان الارث ليسا من احكام التسبيب
او حرمان وصية لانه ايضاً يختص بالمباشرة وليس من احكام التسبيب
يقول الفقير كان المناسب وصله بالواو كما في سائر الكتب
اللهم الا ان يقال ايراده باو لعدم جواز الوصية للوارث تدبر
بخلاف الراكب فان عليه الكفارة وحرمان الارث والوصية
لان الراكب مباشر فيه فان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ه

وان اجتمع الراكب والقائد او الراكب والسائق فالضمان عليهما عند البعض
وقيل على الراكب وحده دون السائق او القائد لان الراكب مباشر فيه على ما ذكرنا
آنفا والسائق او القائد متسبب والاضافة الى المباشر اولى ووجه القول الاول
ان محمدا ذكر في الاصل ان الراكب اذا امر انسانا فنخس الدابة فاو
طأت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال الناخس سائق والآخر راكب فقد تبين
بما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة مشتركان ولا يختص به الراكب
واما الجواب عن القول الثاني فضمان المتسبب مع المباشر انما يمتنع اذا كان
السبب شيئا لا يعمل في الاتلاف متى انفرد عن المباشر كما في الحفر فان الحفر
بانفراده لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الالقاء الذي هو مباشرة واما اذا كان
السبب شيئا يعمل بانفراده فيشتركان والسوق منه لانه متلف وان لم يكن على الدابة راكب
بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وههنا الالقاء يوجب التلف بها فيضاف الى الآخر
وان اصطدم فارسان اي ضرب احدهما الآخر بنفسه او اصطدم ماشيان فماتا
ضمن عاقلة كل دية الآخر وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية
لان كلا منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر نصفه وروي عن علي
كرم الله وجهه نحوه ولنا ان موت كل منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله
في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه
لانه مباح مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في
بئر في قارعة الطريق لانه لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر وفعل صاحبه
وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا للضمان عند
وجود التلف به وروي عن علي كرم الله وجهه ايضا انه اوجب كل الدية على عاقلة
كل واحد منهما فتعارضت روايتاه فرجحنا ما رويناه بما ذكرنا من الدليل العقلي
او يحمل ما روي عنه انه اوجب النصف على انهما تعمدا ذلك فانه في العمد يجب نصف الدية
ويحمل ما رويناه عنه انه اوجب كل الدية في الخطأ توفيقا بينهما وهذا الحكم الذي
ذكرناه في العمد والخطأ اذا كانا حرين ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية
تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت الرقبة لا الى خلف من غير فعل المولى
فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان
احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها
ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة كذا في النهاية
فان تجاذبا حبلا فانقطع الحبل فماتا فان وقعا على ظهرهما فهما هدر
لان موت كل واحد منهما مضاف الى فعله وقوة نفسه لا الى قوة صاحبه
وان وقعا على وجههما فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر لانه يكون ساقطا بقوة
صاحبه وجذبه وان اختلفا اي وقع احدهما على ظهره والآخر على وجهه
فدية من وقع على وجهه على عاقلة من وقع على ظهره لانه مات بقوة صاحبه وهدر
دم الذي وقع على ظهره لانه مات بقوة نفسه وان قطع آخر الحبل يعني ان تجاذبا الحبل
فقطع الثالث الحبل فماتا فديتهما على عاقلته اي على عاقلة من قطع الحبل لانه
مضاف الى فعله وهو القطع فكان سببا وان ساق دابة فوقع سرجها او نحوه
من ادواتها اي ادوات الدابة كاللجام ونحوه على انسان فمات ضمن السائق
لانه يكون متعديا في هذا لان الوقوع بتقصيره وهو ترك الشد والاحكام في الشد فصار كانه القاه
بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة فلا يتقيد بشرط السلامة وكذا يضمن قائد قطار وطئ
بعير منه اي من ذلك القطار انسانا لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه
فصار بالتقصير متعديا فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان وضمان النفس على عاقلته وضمان المال في ماله

وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما لاستوائهما في التسبيب لان قائد
الواحد قائد للكل وكذا السائق لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب
من الابل اما اذا كان توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان
ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصال الزمام والسائق
يسوق ما يكون قدامه فان ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب انسان
ضمن عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة
صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ورجعوا
اي عاقلة القائد بها اي بالدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة
وانما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء وكل واحد منهما سبب لان الربط من القود
بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط ثم انهم قالوا
هنا اي الرجوع على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار تسير لان الرابط امر بالقود دلالة
واذا لم يعلم القائد لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي الضمان عليه لتحقق الاتلاف
وانما ينفي الاثم فقط فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والقطار واقف
ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه صريحا
ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على احد ومن ارسل بهيمة او كلبا وساقه اي مشى خلفه
وان لم يمش خلفه فادام في فوره فهو سائق له في الحكم فيلحق بالسوق واذا تراخى
انقطع السوق كذا في التبيين ضمن المرسل السائق ما اصاب في فوره يعني فور
ان يميل شمالا ويمينا لانه الحامل له فاضيف فعله اليه كما يضاف فعل المكره
الى المكره فيما يصلح آلة له وفي الطير لا يضمن وان ساقه والفرق ان بدن البهيمة
والكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق
وعدمه سواء وكذا لا يضمن في الدابة والكلب ان لم يسق لعدم السبب
او انفلتت الدابة الانفلات بالفاء الانقطاع والنجاة بنفسها ليلا او نهارا
فاصابت مالا او نفسا لا يضمن صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم جرح العجماء جبار
اي هدر قال محمد هي المنفلتة يعني قال العجماء التي اهدر النبي صلى الله عليه وسلم
فعلها هي المنفلتة لا التي ارسلت لان افسادها انما كان في غير الارسال
ليس بجبار ولان الفعل لم يضف اليه اذ لم يوجد منه ما يوجب النسبة من الارسال
والسوق ونحوهما ومن ضرب دابة عليها راكب او نخسها اي طعنها
قال صاحب المغرب في باب النون مع الخاء المعجمة نخس الدابة نخسا من باب منع طعنها بعود
ومنه نخاس الدواب دلالها وفي الحديث ان قدم تمر على فلان فاحرقوه بالنار
فانه نخس بزينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اي نخس دابتها وينشد
للناخسين بمروان بذي خشب والمقحمين على عثمان في الدار
اي نخسوا به من خلفه وازعجوه حتى سيروه في البلاد مطرودا وذو خشب بضمتين
جبل انتهى فنفحت الدابة اي ضربت بحافرها او ضربت بيدها احدا
مفعول نفحت وضربته بذنبها للتنازع او نفرت الدابة من الضرب او النخس فصدمته
احدا بنفسها احدا فمات ضمن هو اي الضارب الدابة او ناخسها لا الراكب
ان فعل الضارب او الناخس في ذلك الضرب او النخس حال السير اي سير الدابة
هو المروي عن ابن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع
الضارب او الناخس فاضيف فعل الدابة الى الضارب او الناخس كانه فعله بيده
لان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي
وان اوقفها الراكب في غير ملكه بل في الطريق والمسألة بحالها فعليهما اي الضمان
عليهما نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وانما ضمنها بقوته لا في ملكه لانه اذا اوقفها

في ملكه لا يضمن الراكب ايضا

وان نخست الدابة الناخس فقتلته هدر لانه كالجاني على نفسه وان القت الدابة الراكب فمات فضمانه على الناخس ايضا على عاقلته لانه متعد في تسبيبه وان فعل ذلك اي النخس او النخس باذن الراكب فهو كفعل الراكب فلا يضمن لانه امره بما يملكه اذا النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل فعله اليه لمعنى الامر لكن ان وطئت الدابة احدا في فورها من غير ان يميل يمينا وشمالا بعد النخس بالاذن فالدية عليهما اي على الراكب والناخس لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعل السوق مطلقا ولا يتناوله من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته فمن هذا الوجه يقتصر على الناخس وغايته انه اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف فان قيل ان الراكب صاحب علة للوطي على معنى انه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطي والاضافة الى العلة اولى قيل ان الركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة لان الركوب كان موجودا قبل النخس ولو كان شرطا لاستحال تقدمه عليه بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطي فكان الوطي ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما كرجل جرح انسانا فوقع في حفر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى وهو الوقوع دون الجرح فكذا هنا ولا يرجع الناخس على الراكب في الاصح قال صاحب الهداية وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وضمان كما لو امر صبيا يستمسك على دابة بتسييرها فوطئت الدابة انسانا فمات ضمن عاقلة الصبي دية ولا يرجع عاقلة الصبي بما غرموا من الدية على الامر بالتسيير لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وانما قال في الاصح احترازا عما قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن لانه فعل بامره وكذا لو ناول اي اعطى الصبي سلاحا فقتل الصبي به ان يبلغ احدا حتى ضمن لا يرجع على المناول وكذا الحكم في نخسها اي نخس الدابة ومعها قائد او سائق يعني من قاد دابة او ساقها فنخسها رجل فانفلتت واصابت في فورها فالضمان على الناخس على نحو ما ذكرنا في الراكب هكذا قررت هذه المسئلة في الهداية وان نخسها اي الدابة شيء منصوب في الطريق فالضمان على من نصبه لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانما نخسها بفعله ولا فرق بين كون الناخس صبيا او بالغا لان الصبي كالبالغ يؤخذ بافعاله فيكون الضمان في ماله وان كان الناخس عبدا فالضمان في رقبته يعني يدفعها المولى بالضمان او يفديه وجميع مسائل هذا الفصل والفصل الذي قبله ان كان الهالك ادميا فالدية على العاقلة وان كان الهالك غير الادمي فالضمان في مال الجاني لان العواقل لا يتحملون ضمان المال ومن فقا عين شاة قصاب ضمن ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين الفرس او البغل او الحمار او بعير الجزار او القصاب او الجزور وهو القطع وجزر الجزور نحرها او بقرة اي بقرة الجزار يضمن ربع القيمة وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدى الاربع كذا في الهداية يقول الفقير في الاولى البلبل والعقليين بحث لا يندرج في جوابه انما يضمن القيمة بعين الجزار لئلا يتوهم انهما لكونهما معدين للحم يكون حكمهما حكم الشاة بل سواء كانا معدين له او للحرث او للركوب ففيه ربع القيمة كما في النعم لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار كذا في شرح الهداية

باب جناية الرقيق

باب جناية الرقيق والجناية عليه

لما فرغ من بيان جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك والجناية عليه واخره لانحطاط رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخره عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك غالبا ثم انهم اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل موجبها الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرا المولى بهلاكه ولو كان الواجب الاصلي غيره لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لانه يفوت به الدفع لا الفداء جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا ولو كان محلا للدفع بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شيء من اسباب الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة والا قيمة واحدة يعني لا توجب جنايات المملوك الا قيمة واحدة لو كان غير محل له اي للدفع بان انعقد له شيء من اسباب فلو جنى عبد خطا قيد بالخطا احترازا عن العمد لكن هذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص واما اذا كانت على الاطراف لا التقييد به فانه لا يجري القصاص فيها بين العبيد ولا بين العبيد والاحرار فان شاء مولاه دفعه بها اي بالجناية ويملكه وليها اي ولي الجناية وان شاء فداه بارشها حالا وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الموجب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى فلا يتبعه المجني عليه بعد العتق لانه صار مختارا للفداء والمسئلة مختلفة بين الصحابة فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على الجاني لانه المتعدي قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندنا بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كالدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية فانها تتعلق برقبته ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي ان يتباعد عن الجاني ويجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة النصرة عندنا حتى يجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لان الذميين لا يتناصرون فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر بخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل الاموال الا ان المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد فلو عينا الواجب عليه يتضرر به وفي ايثار الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وعن هذا قال فان مات قبل ان يختار المولى شيئا من الدفع او الفداء بطل حق المجني عليه لما ذكرنا من فوات محله وان مات بعدما اختار الفداء لا يبطل حقه ولم يبرا المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمته لانه لا يفيد ذمته فلو فداه المولى فجنى العبد ثانيا فالحكم كذلك لانه لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل كان لم يجن من قبل وهذا ابتداء جناية فيجب الدفع وان جنى العبد جنايتين او جنى على واحد او جنى قبل ان يختار المولى شيئا دفعه المولى بهما اي بالجنايتين فيقتسمانه اي العبد بنسبة حقوقهما على قدر ارش الجنايتين او فداه بارشهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع لان حقيقة الملك اقوى من حق الملك فان باع او كاتب العبد الجاني او وهبه او اعتقه او دبره او استولدها اي الجارية الجانية غير عالم بها اي بالجناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش وان فعل هذه التصرفات عالما بها اي بالجناية ضمن الارش لان المولى قبل هذه التصرفات كان مختارا بين الدفع والفداء ولما لم يبق محلا للدفع بلا علم المولى بالجناية لم يصر مختارا ففاتت القيمة مقام العبد ولا فائدة في التخيير بين الاقل والاكثر فوجب الاقل بخلاف ما اذا علم فانه كما لو علق عتقه بقتل زيد او رمي او شجه فنعل اي فان قال ان قتلت زيدا او رميت زيدا او شججت زيدا فانت حر فقتل او رمى او شج عتق الارش لانه يصير مختارا للفداء حيث اعتقه على تقدير وجود الجناية

وان قطع عبد يد حر عمدا فدفع الى المولى العبد اليه اي المقطوع يده بقضاء او بغير قضاء فاعتقه المقطوع يده
فسرى القطع الى النفس فمات فالعبد صلح بالجناية وان لم يكن اعتقه يرد على سيده فيقاد او يعفى
وجه ذلك انه اذا لم يعتقه تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد
اذ القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود
فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد بل زال وتبين بعد ان القتل
لم يوجد وقت الصلح فبطل الصلح لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها
فانه لا يورث شبهة لعدم الحل فوجب القصاص فيرد ويقال للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه بخلاف ما اذا اعتقه
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لانه لا صحة له الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما
يحدث منها ورضي الولي بصحيح وقد دل الدليل على الرضا فوجب لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل
يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد
الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد على المولى والاولياء على خيرتهم في العفو
وكذا لو كان القاطع حرا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه القاطع العبد اليه اي الى المقطوع
فان اعتقه المقطوع ثم سرى القطع الى النفس فمات فهو اي العبد صلح بها اي بالجناية وان لم يعتقه
فسرى رد العبد الى القاطع واقتيد او عفي والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة وذكر في الهداية
في هذه المسألة اشكال وجوابه ان شئت فراجع وان جنى عبد مأذون مديون خطأ فاعتقه
سيده غير عالم بها اي بالجناية ضمن السيد لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه وضمن لولي الجناية
الاقل من قيمته ومن ارشها اي ارش الجناية فان السيد اذا اعتق العبد المأذون المديون ضمن
لرب الدين الاقل من قيمته ومن الدين ولذا اعتق العبد الجاني جناية خطأ ضمن الاقل من قيمته و
كذا عند الاجتماع لعدم التزاحم بينهما اذ لو لا الاعتاق يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للدين
واما اذا كان عالما بها لانه لو اعتقه وهو عالم بجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس
لاولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية موجب للدية
ولو ولدت مأذونة مديونة يباع الولد معها اي مع امها في دينها ولو جنت فولدت
لا يدفع الولد في جنايتها والفرق ان الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف
حكمي فيسري الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة في الاصل تسري الى الفرع
كالملك والرق والحرية بخلاف الجناية لان الدفع في ذمة المولى لا في رقبتها وانما يلاقيها اثر
الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية
فان الام اذا كانت حمراء لا يلزم ان يكون الولد احمر ولو اقر رجل ان زيدا حرره بعد
فقتل ذلك العبد ولي المقر خطأ فلا شيء له اي للمقر لانه زعم ان مولاه اعتقه فقد اقر انه لا يستحق
على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية على العاقلة لانه حر فيصدق
الزاعم في حق نفسه فسقط الدفع والفداء ولا يصدق في دعواه الدية عليهم الا بحجة وحاصله
ان المجني عليه لما زعم ان الجاني حر كان زاعما ان الجناية على العاقلة وان رقبته غير مستحقة له
وزعمه معتبر فلذلك لم يكن له سبيل على اخذ العبد بمقتضى الزعم وكذلك لا شيء له على المولى
لانه لم يدع الى المولى بعد الجناية اعتاقا حتى يصير المولى مختارا للفداء او مستهلكا حق
المجني عليه بالاعتاق وكذلك لا شيء له على العاقلة بغير حجة وهو ظاهر ووقع في هذه النهاية
في وضع المسألة كلام ان شئت فراجع بقوله الفقير يختفي ما في قول الصدر ولو اقر رجل آه
ولو بتلعثمه اقر بقوله زعم لكان اسلم واوفق بما ذكر في سائر المتون والشروح فتتبع
وان قال المعتوق بفتح التاء قتلت اخا زيد قبل عتقي وقال زيد لا بل قتلت بعده
اي بعد عتقك فالقول للمعتوق لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما عهد رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء
وصار كما اذا قال طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال
طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول له وكذا هنا

وان قال المولى لامة اعتقتها قطعت على صيغة المتكلم يدك قبل العتق وقالت الامة
لا بل قطعت يدي بعده اي بعد العتق فالقول لها لانه بسبب الضمان ثم ادعى البراءة
وهي تنكر والقول للمنكر وكذا كل ما نال اي وصل منها اي من الامة يعني لو قال اخذت منك
هذا المال مثلا قبل ما اعتقتك وقالت لا بل اخذت بعد ما اعتقتني فالقول لها
الا الجماع والغلة اي كسب الامة يعني اذا قال جامعتك قبل الاعتاق او اخذت منك
غلتك قبله فقالت لا بل بعده فالقول له لان الظاهر معه حال الرق وهذا عند ابي ح وابي يوسف
وعند محمد لا يضمن المولى الا شيئا بعينه يعني الاشيا قائما بعينه يؤمر برده اي رد
ذلك الشيء القائم اليها اي الى الامة يعني لو كان اقر باخذ شيء منها بعينه وهو قائم عنده
واختلفا على الوجه المذكور اجمعوا فيه على انه يؤمر برده اليها واختلفوا في غيره فمحمد
بنى المسألة على الاصل المذكور في المسألة الاولى وهو ظاهر وان قال معتق قتلت اخاك
والجواب عن تخلف القائم عن الاصل المذكور بانه اقر بسببها حيث اعترف بالاخذ منها
ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها وفيما آه
اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ولو امر عبد محجور او صبي
صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل لانه هو القاتل حقيقة وعمده
وخطأه سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر سواء كان عبدا محجورا او صبيا
لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ولم يعتبر الشرع قولهما
ورجعوا اي عاقلة القاتل على العبد بعد عتقه لان عدم الاعتبار بقول العبد
لحق المولى لا لنقصان اهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق لا يرجعون
على الصبي الآمر لانه قاصر الاهلية قال الفاضل الزيلعي في شرح الزيادات للعتابي
لا ترجع العاقلة على العبد ايضا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد
تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق بالقواعد لان العبد اذا اقر
بعد العتق بالقتل لا يجب عليه شيء لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان على ما بينا
قبل هذا ولهذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب
على العبد شيء وانما يجب على المولى قيمته لان الجناية العبد لا توجب عليه شيئا وانما توجب
على المولى ولو كان مأمور العبد مثله يعني لو امر العبد المحجور عبدا محجورا مثله دفع
السيد العبد القاتل او فداه ان كان القتل خطأ او كان القتل عمدا والعبد
المأمور صغيرا لان عمد الصغير كالخطأ ولا يرجع السيد على الآمر في الحال لان اقرار
وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ به في الحال ويجب ان يرجع عليه اي على العبد الآمر
بعد عتقه لزوال المانع وهو حق المولى بالاقل من قيمته ومن الفداء لانه مختار في دفع الزيادة
لا مضطر يعني لا ضرورة له في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل
من قيمة العبد ومن الفداء قال الفاضل الزيلعي وعلى قياس ما ذكره العتابي لا يجب عليه شيء لما
وان كان القتل عمدا والمأمور عبدا كبيرا اقتص منه اي من احد العبدين قال صاحب
وهو الذي ذكر من الحكم لا يقتضي ان يكون الآمر والمأمور كلاهما محجورين عليهما لا محالة
بل يكتفي بان يكون الآمر محجورا عليه لانه اذا امر العبد المحجور عليه العبد المأذون وباقي المسألة بحالها
فالحكم كذلك واما لو كان الآمر عبدا مأذونا والمأمور عبدا محجورا او مأذونا يرجع مولى العبد
القاتل بعد الدفع او الفداء على رقبة العبد الآمر في الحال بقيمة عبده لان الآمر بالامر
صار غاصبا للمأمور فيهما كاقراره بالغصب والعبد المأذون لو اقر بالغصب يؤاخذ به
في حال رقه بخلاف المحجور فان قيل كيف يكون غاصبا للعبد بالامر وهو قول والغصب
لا يكون الا بالفعل والتحويل قلنا ان لم يوجد منه النقل فقد وجد الامر بالنقل
كمن امر عبدا يحمل حملا فهلك وهلك فيه ضمن الآمر وان لم يوجد منه النقل
لكن لما وجد الامر بالنقل اقيم مقامه كذلك هاهنا ذكره الامام المحبوبي انتهى

وان قتل عبد حرين لكل منهما وليان فعفا احد وليي كل منهما
دفع سيده نصفه اي نصف العبد الى الاخرين او فداه بدية لهما يعني
للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى اللذين لم يعفوا من وليي القتيلين
وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفى احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد
من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب
كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او يدفع العبد غير ان
نصيب العافيين سقط مجانا وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة
لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيتخير المولى بينهما
هذا اذا كانا عمدين وان قتل العبد احدهما اي احد الحرين عمدا وقتل الاخر
خطأ فعفا احد وليي العمد فدى السيد بدية كاملة لوليي الخطأ وبنصفها
اي بنصف الدية لاحد وليي العمد الذي لم يعف لان نصف الحق بطل
بالعفو فبقي النصف وصار مالا فيكون خمسة الاف درهم ولم يبطل شيء
من حق وليي الخطأ وكان حقهما في كل الدية عشرة الاف او دفعه اليهم
اي الى وليي الخطأ واحد وليي العمد اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه
للذي لم يعف من وليي العمد عولا عند ابي ح رح فيضرب وليا الخطأ بالكل
وهو عشرة الاف وغير العافي بالنصف وهو خمسة الاف لان حقه في النصف
وحقهما في الكل فصار لكل نصف سهما فصار حق وليي الخطأ في سهمين
وحق غير العافي في سهم فيقسم العبد بين وليي الخطأ وبين غير العافي
اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي وعندهما دفعه اليهم ارباعا
منازعة ثلثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لغير العافي لان النصف سلم لوليي الخطأ
بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فينصف فلهذا يكون
ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ ربعاه بلا منازعة وربعه بالمنازعة وربعه الاخر لغير العافي
بالمنازعة ايضا فان قتل عبد لاثنين قريبا لهما فعفا احدهما بطل الكل يعني اذا كان
عبد بين رجلين فقتل العبد قريبا لهما كابنهما او اخيهما فعفى احدهما بطل الجميع عند ابي ح
ولا يستحق غير العافي منهما شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وقالا
يدفع العافي نصف نصيبه الى الاخر ان شاء او يفديه بربع الدية ان شاء
لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق
القصاص عليه للمولى لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم واذا وجب القصاص وجب
لكل منهما نصف القود شايعا نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا عفا احدهما
انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في كل العبد فما اصاب نصيبه
سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما اصاب نصيب صاحبه ثبت وهو
نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية
ولابي ح رح ان القصاص وجب حقا لهما من غير تعيين فاحتمل انه وجب لكل منهما
في كل العبد او في النصف مترددا بين نصفه ونصف صاحبه او فيهما شايعا
وكل ذلك لا يمنع وجوب القود لان اجزاء العبد في القود ليس بعضها اولى
من بعض فاذا زال حقه الى المال احتمل وجوب الكل على احتمال تعلقه
بنصيب صاحبه وبطلان الكل على اعتبار التعلق بنصيبه ووجوب النصف
بان يتعلق بهما شايعا والمال لا يجب بالشك يقول الفقير والفاضل الزيلعي في
صاحب النهر ساقا دليل الامامين بحيث لا يمس بهذه المسئلة اصلا
ان شئت فراجعهما وقيل محمد مع الامام في هذه المسئلة

فصل

فصل

لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا
لجانب الفاعل دية العبد قيمته لان العبيد انقص حالا من الاحرار فالنص الوارد في ديتهم لا يكون
واردا في دية العبد فتقدر دية العبد بقيمته فان كانت قيمة العبد قدر دية الحر او اكثر
تنقص عشرة دراهم من دية الحر وهذا عند ابي ح رح ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يجب قيمته
بالغة ما بلغت ولان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملكه الا من حيث المالية
ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقى على اصل الحرية فظهر انه بدل المالية
ولان ضمان المال اصل وضمان النفس بالمال خلاف الاصل ومهما امكن ايجاب الضمان على
ولابي ح ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية
اسم للواجب بمقابلة الادمية وهو ادمي فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور في الاية حكمان
والعبد داخل في الاية في حق الكفارة بالاجماع لكونه ادميا فكذا في حق الدية لانه ادمي مكلفا
ولهذا يجب القصاص بقتله اجماعا ويكون مكلفا ولولا انه ادمي لما وجب القصاص ولا يكون
كسائر الاموال غاية الامر ان يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الادمية بدليل ما ذكرنا
ولانه لما كان فيه معنى المالية والادمية وجب اعتبار اعلاهما وهي الادمية عند تعذر الجمع بينهما
باهدار الادنى وهي المالية ولان الادمية اسبق والرق طار عن عارض الاستنكاف فكان
الاعتبار ان القصاص يجب لقتله عمدا بهذا الاعتبار والتلف في حالة العمد والخطأ واحد
فاذا اعتبر في احدى حالتي القتل ادميا وجب ان يعتبر في الحالة الاخرى كذلك وهذا اولى
لان في العكس اهدار ادمية والحاقه بالبهائم والجماد وما روياه من الاثر معارض باثر ابن مسعود
فانه قال لا ينقص من الدية عشرة دراهم او هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة
المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال على ان اثر ابن مسعود وقع في المقدرات والاثر في المقدرات
كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان ادميته انقص فيكون بدلها اقل كالمرأة والجنين الا ترى ان
ادميته كانت انقص بنصف النعم والعقوبات في حقه اظهارا لانحطاط رتبته فكذا في هذا
وروى الحسن عن ابي ح رح انه يجب في الامة خمسة الاف الا خمسة لان دية الانثى نصف دية الذكر
فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كذا ذكره الزيلعي
وفي الغصب تجب القيمة بالغة ما بلغت اجماعا فلو غصب عبدا قيمته مائة الف فهلك
تلزمه تلك القيمة لما بينا ان المعتبر في الغصب المالية دون الادمية لان الغصب لا يرد الا على المال
وما قدر من دية الحر قدر من قيمة الرقيق لما بينا ان القيمة في الرقيق كالدية في الحر لانه بدل الدم
ففي يده اي يد الرقيق نصف قيمته كما ان في يد الحر نصف ديته ولا يزاد على خمسة الاف الا خمسة
لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هنا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وقيل يجب في
حسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شيء لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهذا يؤدي
الى امر شنيع وهو ان ما يجب في الاطراف اكثر مما يجب في النفوس بان كانت قيمته مائة الف
فانه بقطع يده يجب خمسون الفا وبقتله عشرة الاف الا عشرة وفي لحيته روايتان في رواية
يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن ابي ح رح
انه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود ايضا ومن قطع يد عبده عمدا فاعتق فسرى الى النفس
اقتص منه ان كان وارثه سيده فقط ولا اي وان لم يكن وارثه سيده فقط بل كان له
فلا يقتص وهذا عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد لا قصاص اصلا اي سواء كان وارثه سيده فقط
او لم يكن كذلك بل كان له ورثة غيره وعليه اي على القاطع ارش اليد وما نقص [illegible] العتق
ايهما نقصه القطع الى ان اعتقه ويبطل الفضل الى النقصان الحاصل بعد الاعتاق وانما لا يجب القصاص
فيما اذا كان له ورثة سواه لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى
فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة
فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه [illegible] الكلام فيما اذا كان للعبد

واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين
ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا ينفذ باذن كل واحد منهما انها
لان الاذن انما يصح اذا كان الاذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل
وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت
فاذا اجتمعا زال الاشتباه • واما اذا لم يكن له ورثة سوى السيد فلجهد في عدم
وجوب القصاص فيها ايضا ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة
بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة
او فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية فقال بل زوجتها منك لا يحل
وطؤها بخلاف ما اذا اقر الرجل بالف درهم من القرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه
يقضى له عليه باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها
يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص • ولهذا انا نقضينا بثبوت الولاية
للمولى فيستوفيه • وهذا لان المقضي له معلوم وهو المولى والحكم متحد وهو وجوب
القصاص فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول
فلا يعتبر • وبخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف اذ ملك اليمين يغاير ملك
النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين
لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت الحل اصلا • ولان سببا كل واحد منهما ان
السبب المحل انتفى بانكار الاخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه بخلاف
ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين فلا منكر له فلم يوجد ما يبطله •
واما ما يحتمل الابطال فانه ممكن استيفاؤه في الاعتاق لا يقطع السراية لذاته
بل لاشتباه من له الحق وذلك ان كان له وارث اخر غير المولى على ما بيناه

ومن قال لعبديه احدكما حر فشجا على التعاقب فبين المولى العتق في احدهما بعد الشجة
فارشهما له اي للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين
فبقيا مملوكين في حق الشجة وان قتلا على صيغة المجهول قبل التعيين ثم بين العتق
في احدهما فله اي للمولى دية حر وقيمة عبد ان كان القاتل واحدا لا قيمة عبد
ولا دية حر • والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء
من وجه واظهار من وجه على ما عرف في اصول الفقه ان البيان انشاء من وجه
حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما فبين العتق فيه
لا يصح اظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه
انما لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشجة محل البيان فاعتبر انشاء
في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر
بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر • ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول
لانه لا يفيد فائدة • وانما صححناه ضرورة صحة التصرف • واثبتنا له ولاية النقل
من المجهول الى المعلوم بان يبين العتق في احدهما فيتقدر بقدر الضرورة وهي
في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حق الاطراف •
هذا اذا كان القاتل واحدا وان قتل كلا واحد فقيمة العبدين
لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما ينكر ذلك • قال
صاحب العناية والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين
فان كان واحدا فاما ان يكون قتلهما معا او متعاقبا وان كان الاول فالحكم ما ذكرنا
من وجوب القيمة والدية للمولى ان لم يكن له ورثة غيره وان كانت له ورثة غيره
فالقيمة للمولى والدية للورثة • وهذا اذا استوت القيمتان •

واما اذا

واما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا تيقنا
انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الاخر
فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما •
وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل
قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة ان كانت وان لم يكن يكون القيمة
والدية للمولى • وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا
فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين بلغ
انما قتل احدهما بعينه والعتق في حق المعين كان غير نازل • وانما هو نازل
في المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك فيجب على كل واحد منهما
القدر المتيقن وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى او للورثة •
وقيل هنا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد والنصف للورثة لان العتق
في حق المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين
وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك • وان كان الثاني فعلى القاتل الاول
قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه ه
ومن فقأ عيني عبد فان شاء سيده دفع العبد اليه اي الى الجاني واخذ قيمته
او امسكه اي العبد ولا شيء له للسيد عند ابي حنيفة وعندهما ان شاء
دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه لكن ان امسكه فله اي للسيد
ان يضمنه اي الجاني نقصانه اي نقصان العبد بان فقئ عيناه • وقال الشافعي
يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه جعل كمال الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي
وهو الجثة العمياء على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه •
ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط
اعتبارها في حق الذات قصرا عليه يعني لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات
فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا واذا كانت معتبرة وقد وجد
اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة
الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر عن الجاني ورعاية للمماثلة بخلاف ما
اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك فلا يكون فيه مالية • وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة • ولابي يوسف ومحمد
ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي
قلناه كما في سائر الاموال • فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا
ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه
النقصان • ولابي حنيفة ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية
غير مهدرة في الذات وفي الاطراف ايضا • الا يرى ان عبدا لو قطع
يد عبد اخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان
موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها • ثم من احكام الاول ان لا ينقسم
على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة
فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم وقلنا بانه لا ينقسم باعتبار الادمية
ويتملك الجثة باعتبار المالية • وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالاه
مراعاة جانب المالية فقط وهو ادنى • واهدار جانب الادمية وهو اعلى •
وفيما قال الشافعي ايضا لان فيه اعتبار الادمية فقط •
والشيء اذا اشبه شيئين يعطى عليه حظهما • ٥

فصل
في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية قدّم من هو في استحقاق اسم المملوكية
وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد
غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى
بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط
في اسم المملوكية اوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر منه
وان جنى مدبر او ام ولد ضمن السيد لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه
انه قضى بجناية المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة من غير نكير لانه كان يومئذ اميرا
بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة ولم ينكر عليه احد فحل محل الاجماع
ولانه صار مانعا بالتدبير من تسليمه في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير ان يصير مختارا للفداء
لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم الاقل من القيمة ومن الارش
لان الاصل وجوب الدفع بالجناية وقد تعذر الدفع بسبب من المولى فتجب القيمة لمنع منه
ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا تخيير
بين القليل والكثير في متحد الجنس لاختيار الاقل بخلاف القن حيث يخير بين الدفع
والفداء وجنسهما مختلف فيضمن ما هو اقل منهما فان جنى المدبر او ام الولد جناية
اخرى وقد دفع القيمة بقضاء شارك ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى في القيمة ان
دفعت القيمة اليه الى ولي الجناية الاولى بقضاء ولا يطالب ولي الثانية من المولى شيئا
لان الاصل ان الجنايات كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدي من المولى بدفعها الى
ولي الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى فيشاركه
ويقتسمانها على قدر حقيهما وان كان دفع القيمة الى ولي الاولى بغير قضاء بل برضاه
فان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وان شاء اتبع المولى لان جنايات المدبر وام الولد
توجب قيمة واحدة فهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكما وهنا يشترك فيها
كلهم ثم اذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لان حصته
وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع في حقه بخلاف القاضي لان له
ولاية عليه فينفذه فاذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار ان شاء اتبع ولي الاول
لانه قبض حقه ظلما فصار ضامنا وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فلما اخذ
من المولى رجع المولى على ولي الاول بما ضمن من حصته وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترد منه
وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه اكثر من القيمة
وعندهما لا يتبع ولي الثانية ولي الاولى بحال اي سواء دفعت القيمة الى ولي الاولى بقضاء او برضا
ولا شيء على المولى لانه فعل ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بالتسليم الى ولي الاولى لانه حين دفع
الحق الى المستحق لم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا
وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع
اي بالتدبير ولا يمنع منه الا رقبة واحدة لان دفع القيمة فيه كدفع العبد ودفع العبد لا يتكرر
فكذا ما قام مقامه فلما كان كذلك صار وجود الاعتاق منه بعد عدمه بمنزلة واحدة سواء
اعتقه بعد العلم بالجناية او قبله لان حق الولي لم يتعلق بالعبد بسبب التدبير فلم يكن
متلفا حقه بالاعتاق وام الولد كالمدبر في جميع ما ذكرنا من الاحكام لان استيلادها مانع من الدفع كالتدبير
وان اقر المدبر بجناية خطأ لا يلزمه شيء في الحال ولا بعد عتقه لان موجب جناية
الخطأ على سيده لا على نفسه واقراره على سيده لا ينفذ بخلاف ما اذا اقر بجناية عمدا
حيث يصح اقراره فيقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ لعدم التهمة

المنع

باب غصب العبد والصبي والمدبر والجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه ويكرر منه وذكر حكم من يلحق به
ولو قطع سيد يد عبده فغصبه اي غصبه رجل فمات من القطع في يد الغاصب ضمن الغاصب
قيمته مقطوعا وان قطع سيده يده اي يد العبد عند الغاصب فمات من القطع برئ الغاصب
من الضمان فيكون غصب العبد بعد ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها والفرق
ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته
لانه غصب عبدا اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية
فصار المولى متلفا له فيصير مستردا كيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه حتى قطع يده
وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان ولو غصب عبد محجور عبدا محجورا مثله فمات العبد
في يده اي في يد الغاصب ضمن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله والغصب من الافعال فيضمن
حتى لو ثبت الغصب ببينة يطالب به في الحال بخلاف اقواله حتى لو اقر به لا يباع بل يؤاخذ به
ولو غصب مدبرا فجنى ذلك المدبر عند غاصبه ثم رده الى مولاه فجنى عند سيده او بالعكس
اي جنى عند سيده ثم عند غاصبه ضمن سيده قيمته لهما اي لولي الجنايتين فيكون بينهما نصفين
لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فتجب على المولى لانه المعجز نفسه عن الدفع
بالتدبير السابق من غير ان يصير مختارا للفداء وانما كانت بينهما نصفين لاستوائهما في
ويرجع السيد بنصفها اي بنصف القيمة التي ضمنها على الغاصب لانه ضمن بالقيمة من الجنايتين
نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب كان عنده فيرجع عليه بما كان
بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب كان عند الغاصب
ودفعه اي دفع المولى نصف القيمة الذي اخذه من الغاصب الى رب الجناية الاولى في الصورة الاولى
وهي ما اذا جنى مدبر عند غاصبه ثم عند مولاه ثم يرجع به المولى ثانيا عليه اي على الغاصب
لان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة
فاذا وجد الاول شيئا من بدل العبد في يد المولى فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى
ثانيا بما اخذه منه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان عند الغاصب وهذا عندهما
وعند محمد لا يدفعه اليه بل يسلم له ولا يرجع ثانيا لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض
ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفع اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك
وهو ولي الجناية الاولى او كيلا يتكرر الاستحقاق وفي الصورة الثانية وهي ما اذا
جنى عند مولاه ثم عند غاصبه يدفعه اي يدفع المولى ما رجع به على الغاصب الى ولي الجناية الاولى
ولا يرجع المولى على الغاصب ثانيا بما دفعه الى ولي الجناية الاولى ثانيا بالاجماع لانه
والقن في الفصلين يعني ما اذا جنى عبد عند غاصبه ثم عند مولاه او بالعكس
كالمدبر الا ان الفرق بينهما انه اي المولى يدفع اي القن بنفسه وفي المدبر يدفع القيمة
وحكم تكرار الرجوع والدفع كما في المدبر اختلافا واتفاقا فانه اذا دفع القن اليهما
رجع بنصف قيمته على الغاصب وسلم له ذلك عند محمد وعندهما لا يسلم له بل يدفعه الى
ولي الاول فاذا دفعه اليه يرجع في الفصل الاول على الغاصب ثانيا وفي الفصل الثاني لا ولو غصب
مدبرا فجنى عنده اي عند الغاصب في كل منهما يعني رجل غصب مدبرا فجنى عنده
ثم رده الى مولاه ثم غصبه فجنى عنده جناية اخرى غرم سيده قيمته لهما اي لولي الجنايتين
لانه منع عين العبد من الدفع بالتدبير فوجب عليه قيمته كما مر ورجع بها اي بالقيمة
على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يده فاستحق المولى كله بسبب كان في يد الغاصب فيرجع
بكل قيمته السابقة فاما هنا استحق الضمان بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد الغاصب
ودفع المولى نصفها اي نصف القيمة التي اخذها من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لانه
استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد
ورجع المولى به اي بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولي الجناية الاولى عليه اي على الغاصب ثانيا

فيه الدفع والرجوع جميعا لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان عند الغاصب فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولي
الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولي الجناية الثانية اذ لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل النصف اليه ٣

اتفاقا

وقيل فيه خلاف محمد والفرق له على هذا ان الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى
في المسألة الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق واما
في هذه المسألة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا
ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فذكره بلفظ الغصب للمشاكلة
وهي ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته والا فالغصب انما يتحقق في الاموال لا في الاحرار
فمات الصبي في يده اي في يد الذاهب به فجاءة او بحمى فلا شيء عليه وان مات بصاعقة
او نهش حية فعلى عاقلته اي عاقلة الذاهب به دية اي دية الصبي وهذا استحسان والقياس ان
لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لا يتحقق في المكاتب
وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة اولى ان لا يضمن وجه الاستحسان
ان هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا لانه نقله الى ارض مسبعة
او الى مكان الصواعق والاتلاف منه تسبيبا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو كالوضع في
وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه
وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي عنه فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة
اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن
حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية لكونه قتلا تسبيبا
بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان صغيرا فهو ملحق بالكبير الا يرى انه لا يجبر الا برضاه كالحر
والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فاذا اخرجه من يد الولي فمات بما
يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير كذا في الزيلعي
يقول الفقير هذا الذي ذكر على اطلاقه ليس بسديد لانه يشعر بان الضمان انما يكون اذا كان في مكان
نقله الحيات والسباع والصواعق وان كان مبنيا على الكثرة لا يكون لجعلها مقابلة للحمى
والفجاءة وجه فان الحمى ايضا عند كثرة وقوعها يكون كالصواعق وقد وقع في الفتاوى البزازية
انه لو حمله الى مكان يكثر فيه الحمى او الوباء يضمن ايضا لا بسبب التعدي لان القول بذلك باطل
بل لان الحمى يخلق الله تعالى منها شيء في بني ادم وغيرهم كالغذاء والى ما ذكرناه اشارة بل صرح
في كلام الفاضل الواني في تعليقاته على الدرر رأيناه بعد ما كتبناه وشاهدنا في ذلك عالم التوفيق
ولو قتل صبي عبدا مودعا عنده يعني لو اودع مولى العبد عبده عند صبي فقتله ضمن عاقلته
اي عاقلة الصبي قيمته وان اكل الصبي طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وهو قول الشافعي لانه اتلف مالا معصوما
متقوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا ماله ولابي حنيفة ومحمد
ان عصمة العبد معصوم لحق السيد وقد فوتها لدفعه الى يد الصبي بخلاف العبد لان عصمته
لحقه لبقائه على اصل الحرية في حق الدم ولو اودع عند عبد محجور مال فاستهلكه ضمن
بعد العتق لا في الحال عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فانه عنده يؤاخذ في الحال
والاقراض والاعارة كالايداع فيهما اي في العبد والصبي والدليل من الجانبين
فيهما ما ذكرنا والمراد بالصبي العاقل كذا في الهداية وقال محمد في اصل الجامع الصغير
صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر وعن هذا
وفي غير العاقل يضمن الصبي ايضا بالاتفاق لما بينا ان تسليطه لعدم عقله وفعله معتبر فلا
قيل ما تقدم من قضية الحمار يستدعي ضمانه في غير العاقل ايضا الاولى ان يجاب بان جناية العجماء
بخلاف الادمي فافترقا كذا في التسهيل كما يضمن العاقل ايضا مالا اتلف بلا ايداع ونحوه كالاعارة
قال صاحب العناية وصاحب النهاية بعد قول صاحب الهداية وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن لانه يباعده
في الاسلام حيث ذكر في الجامع الصغير هكذا وانما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي
فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هنا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا

باب القسامة

لما كان امر القتل يؤدي في بعض الاحوال الى القسامة ذكرها في اخر الديات في باب على حدة
ومن محاسن القسامة خلاص من يتهم بالقتل عن القصاص وصيانة دم المقتول عن الاهدار
بايجاب الدية وتعظيم امر الدماء وخطرها بتكرار الايمان وتعيين الخمسين انما ثبت بالاحاديث
المشهورة فيحتاج هنا الى بيان القسامة لغة وشرعا وبيان سببها وركنها وشرطها
وحكمها ودليل شرعيتها اما اللغة فالقسامة على بناء الغرامة والحمالة اسم وضع موضع
الاقسام ثم قيل للايمان التي تقسم على اهل المحلة اذا وجد قتيل فيها واما تفسيرها شرعا
فما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه قال في القتيل يوجد في المحلة او في دار رجل في المصر
ان كان به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة
كل رجل منهم يقول بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا على ما سيجيء عن قريب ان شاء الله تعالى
واما سببها فوجود القتيل في المحلة او ما في معناها من الدار او الموضع الذي يقرب من
المصر بحيث يسمع الصوت منه واما ركنها فاجراء اليمين بقسم هذه الكلمات على لسانهم
قوله ما قتلت وما علمت له قاتلا لان ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء والقسامة انما تقوم
بكلماتها واما شرطها فهو ان يكون المقسم بالغا عاقلا حرا وان يكون في الميت الموجود في المحلة
اثر القتل ومن شرطها ايضا تكميل اليمين بالخمسين فانه لو لم يكملها اهل المحلة كررت الايمان
على من وجد منهم حتى يتم خمسين واما حكمها فالقضاء بوجوب الدية بعد الحلف وفي
الاباء الحبس حتى يحلفوا واما دليل شرعيتها فالاحاديث المشهورة كحديث سهل
وابن عباس وغيرهما وقضاء عمر واجماع الصحابة في خلافة عمر بن عبد العزيز كذا في النهاية
اذا وجد ميت في محلة به اي بالميت اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه لانه لا يخرج
الدم منها عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجري عليه احكامه او اثر خنق
بكسر النون او اثر ضرب ولم يدر قاتله اذ لو علم قاتله كان هو الخصم وسقط القسامة وادعى وليه
قتله اي قتل الميت على اهلها اي على اهل المحلة كلهم او بعضهم عمدا او خطأ ولا بينة له اي
للولي حلف جواب اذا خمسون رجلا منهم اي من اهل المحلة لما روي ابن عباس رضي الله عنهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم
اي اي شيء يخرج دم هذا القتيل عن عهدتكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقع في بني اسرائيل
فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب
صلى الله عليه وسلم اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه
وما علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية فقالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا
يقول الفقير قال صاحب القاموس الناموس صاحب السر المطلع على باطن امرك وجبرائيل عليه السلام
لكن قال صاحب المغرب في حديث الديات قضيت فينا بالناموس اي بالوحي وهو في الاصل
صاحب سر الملك ولذا كان اهل الكتاب يسمون جبرائيل عليه السلام بالناموس وما في الحديث
على تقدير اضاف انتهى فيكون معنى الحديث قضيت فينا بوحي الناموس والاسم يختارهم
اشارة الى ان تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من اتهمه بالقتل وهم
الفسقة والشبان او يختار صالحي اهل المحلة لان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل
بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلا اي يحلف الخمسون حال كونهم قائلين هذا القول
وهذا على سبيل الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته
وما علمت له قاتلا لجواز انه قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا يعني ولا يحلف لانه
اذا قتله مع غيره كان قاتلا له فان قيل ما فائدة قوله ما علمنا له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة
غير مقبولة قلنا فائدته تعيين محل الخصومة فان الولي قد يعجز عن تعيينه وقد يظن
غير القاتل قاتلا ثم قضى على اهلها اي اهل المحلة بالدية لوجود القتيل بينهم وقد
ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين الدية والقسامة وكذا عمر رضي الله عنه

وما تم خلقه كالكبير يعني اذا وجد سقط تام الخلق به اثر من الآثار المذكورة
فهو كالكبير في الاحكام المذكورة لان الظاهر تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء
لانه ينفصل ميتا لا حيا واعترض بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا
في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته كل منها حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها
واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفس فلم يجب فيها قبل العلم بالتمام
قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق
وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفس لان الظاهر انه قتيل لوجود
دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر في حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل
ميتا ولا اثر به فلا يجب شيء لان حاله لا يكون فوق حال الكبير فانه اذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به
لا يجب فيه شيء فكذا هنا ولا يحلف الولي اي لا يحلف ولي المقتول بانهم قتلوه
وان كان لوث قال صاحب المغرب لوث الماء كدره ولوث ثيابه بالطين
اي لطخها فتلوث وقول الفقهاء باللوث الحنث لا يخلو عن لوث عين ونفس ونجاسة
كانه ماخوذ من هذا ومنه بينهم لوث اي عداوة وحقد وعن مالك في القسامة اذا كان هناك
لوثة وهي ان يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه او يكون هناك عداوة ظاهرة
وكانها من الاول بزيادة الهاء واما اللوثة بالضم فالاسترخاء والحبسة في اللسان انتهى ما
في المغرب وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الولي خمسين يمينا فان حلف
يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ في قول وفي قول يقضى
بالقود اذا كانت الدعوى في العمد وان نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم
فان حلفوا تركوا ولا شيء عليهم وان نكلوا فعليهم القصاص في قول والدية في قول
وعندنا لا يحلف الولي بل يحلف خمسون من اهل المحلة بما ذكرنا سواء كان لوث او لا
للشافعي في البداية بيمين المدعي قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء فيقسم منكم خمسون يمينا
انهم قتلوه ولان اليمين حجة لمن يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوى ولهذا يجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي بقيام اللوث يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل للشافعي
الا ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجب
الدية في العمد والخطأ في قوله الجديد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس
بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه
ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم
بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين
حجة للدفع دون الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق
النفس المحترمة وما رواه الشافعي ضعفه جماعة من اهل الحديث فلا يلزم حجة
فان نقص اهلها اي اهل المحلة عن الخمسين كررت اليمين عليهم الى ان يتم خمسون
لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامها ما امكن ولا يشترط الوقوف على الفائدة
فيما ثبت بالنص ولما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى بالقسامة وافى منهم
تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تم خمسون ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فيكمل وتكرار اليمين
من واحد على سبيل الوجوب واقع كما في اللعان وان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احد منهم ليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال وقد كمل
ومن نكل منهم عن اليمين حبس حتى يحلف لان الحلف فيه واجب تعظيما لامر الدم
ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان الحلف فيها بدل عن
اصل حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى ولا تسقط ببذل الدية هـ

ومن قال

ومن قال واحد منهم اي من المستحلفين قتله فلان استثناه اي الفلان في يمينه وقال بالله
ما قتلته ولا علمت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل
فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل لواحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه
وان ادعى الولي القتل على غيرهم اي على رجل من غير اهل المحلة كان ذلك ابراء منه لاهل المحلة حتى
لا تسمع دعواه بعده للمدعى عليهم سقطت القسامة عنهم اي عن اهل المحلة لان قولهم صار عليه
وان ادعى القتل على واحد من اهل المحلة بعينه لا يبطل القسامة والدية من اهلها وعن ابي ح
في رواية يكون ذلك ابراء منه لاهل المحلة كذا في الخانية وجه الرواية الاولى ان ايجاب القسامة
عليهم دليل على كون القاتل منهم فتعيينه واحدا لا ينافيه فصار كانهم قتلوه فتعيين الولي
لم ينفصل الظالم عن قتله هو لا تقبل شهادتهم اي شهادة اهل المحلة به اي بالقتل على غيرهم
اي على غير اهل المحلة الذي ادعى الولي القتل عليه عند ابي حنيفة خلافا لهما لان الولي
بادعائه القتل على غيرهم برأ عن التهمة فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة
وله ان الخصومة كانت متوجهة اليهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا عن الخصومة بعد ادعاء
الولي القتل على غيرهم كالوصي اذا خرج عن الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته
في الاصل ان من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما
ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير انهما
اهل المحلة بمنزلة من له عرضية ان يصير خصما وهو جعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذا
يتخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند
الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها
لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب
وشهدا تقبل شهادتهما ولا تقبل شهادة اهل المحلة على بعضهم ان ادعاه الولي
اجماعا يعني لو ادعى الولي على رجل بعينه من اهل المحلة فشهد شاهدان من اهلها
عليه لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهدان يقطعانها
عن انفسهما فكانا متهمين الا في رواية عن ابي يوسف يقول الفقير فعلى هذا لو ترك
قوله اجماعا لكان اولى ووجد اكثر البدن او نصفه مع الرأس في المحلة
كوجود كله في لزوم القسامة والدية ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد
لانهم ليسوا من اهل النصرة والقسامة على اهل النصرة لا تنقسم بالاتباع واليمين
على اهل النصرة لان الصبي والمجنون ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول
ولا قسامة ولا دية في ميت لا اثر به او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره
لان القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف انفه وفي مثله
لا قسامة ولا غرامة فلا بد من اثر يكون بالميت يستدل به على انه قتيل وذلك بان
يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق فاذا لم يكن به شيء من الاثر لا يكون فعل البشر
فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فمه او ذكره او دبره لان هذه يخرج منها الدم
عادة فلا يستدل به على انه قتيل بخلاف ما اذا خرج من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما
عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا هـ فيجري عليه احكامه
او وجد في المحلة اقل من نصفه ولو مع الرأس او وجد نصفه مشقوقا بالطول
او وجد يده او رجله او رأسه لان القسامة حكم عرف بالنص وقد ورد في البدن
وللاكثر حكم الكل فاعطيناه حكم الكل واجرينا عليه احكامه تعظيما للآدمي والاقل
ليس في معناه فلا يلحق به ولانا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات
بمقابلة شخص واحد بان يوجد اطرافه في القرى متفرقة وهو غير مشروع
فينتفي ما يؤدي اليه فيجريان في الاكثر او النصف مع الرأس لا غير احترازا عن التكرار
وعلى هذا صلاة الجنازة لانها لا تكرر كالقسامة والدية كذا في الهداية وشرحه

وان وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته اي على عاقلة السائق وكذا لو كان
يقودها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وان اجتمع السائق والقائد
والراكب فعليهم اي الدية عليهم لانه في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط
ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها
وتدبير الدار للمالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة
فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن ابي يوسف انه لا يجب على السائق اذا كان يسوقها
مختفيا وان لم يكن مع الدابة احد فالدية والقسامة على اهل المحلة الذين وجد فيهم
القتيل كذا في الزيلعي وان وجد على دابة بين قريتين يعني ان مرت دابة بين قريتين
وعليها قتيل فعلى اقربهما اي على اقرب القريتين لما روي انه صلى الله عليه وسلم امر في قتيل
وجد بين قريتين بان يذرع فوجد الى احدهما اقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية
وكذا عمر رضي الله عنه امر في قتيل وجد بين وادعة وارحب فوجد الى وادعة
اقرب فقضى عليهم بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت
واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شيء عليهم لانهم اذا كانوا بحيث يسمع
منه الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة واما اذا كانوا بحيث
لا يسمعون الصوت لا يمكنهم الغوث فلا ينسبون الى التقصير في النصرة وان وجد القتيل
في دار نفسه فعلى عاقلته اي الدية على عاقلة القتيل لورثته عند ابي حنيفة وعندهما لا شيء فيه
لانها لو وجبت لوجبت على مالك الدار لان القتيل وجد فيها ثم انقلبت الى العاقلة
ووجوبها لهم على العاقلة ممتنع له ان القتيل الموجود في الدار لو كان غير مالكها
لكانت الدية على عاقلة المالك فكذا اذا وجد المالك نفسه قتيلا وفي الحقائق
ثم عنده انما تجب الدية على عاقلة القتيل اذا كانت عاقلة القتيل وعاقلة الوارث
واحدا وان اختلفت عواقلهما ينبغي ان تجب الدية على عاقلة الوارث لان الدار
وقت وجوب الدية ملك الوارث كذا في ابن الملك شرح مجمع البحرين يقول الفقير ولقد
احسن في هذا المقام صاحب الدرر والغرر حيث قال ولو وجد القتيل في دار
نفسه تدي عاقلته ورثته عند ابي حنيفة لان الدار حال ظهور القتيل لورثته فالدية على
عاقلتهم وعندهما وعند زفر لا شيء فيه وبه يفتى لما قالوا ان الدار في يده حال
ظهور القتيل فيجعل كانه قتل نفسه بنفسه وكان هدرا وان كانت الدار للورثة
فالعاقلة انما يتحملون ما يجب عليهم تخفيفا لهم ولا يمكن الايجاب على الورثة للورثة
انتهى ما في الدرر وان وجد المكاتب قتيلا في دار نفسه لا يجب شيء اتفاقا
فان وجد القتيل في دار انسان فعليه اي على ذلك الانسان القسامة لان الدار في يده
وحفظها اليه وعلى عاقلته الدية لان نصرته وقوته بهم وان كانت العاقلة حضورا
اي حاضرين يدخلون في القسامة ايضا كصاحب الدار عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف فانه قال لا يدخلون في القسامة وان كانوا حضورا لان رب
الدار اخص بالدار من غيره فصار كاهل المحلة لا يشاركهم في القسامة غيرهم كعاقلتهم
ولهما ان الحضور يلزمهم نصرة البقعة فيشاركونه في القسامة والدية وان لم يكونوا حاضرين
بل كانوا غيبا كررت الايمان عليه اي على صاحب الدار والدية على العاقلة لما تقدم
والقسامة على الملاك دون السكان عند ابي حنيفة ومحمد يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك
فالقسامة على الملاك عندهما وعند ابي يوسف على الجميع لان ولاية التدبير كما تكون بالملك
تكون بالسكنى الا ترى انه صلى الله عليه وسلم لما فتح خيبر بين المسلمين ولهما ان المالك هو المختص
بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ابدوم
فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي
صلى الله عليه وسلم اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم الخراج

صلى الله عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر لانه

وهو على القسامة

وهو اي القسامة على اهل الخطة اي اصحاب الاملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الامام
البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خطه ليتميز انصباؤهم ولو بقي منهم اي من اهل الخطة
واحد دون المشترين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعنده اي عند ابي يوسف على المشترين
لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين وولاية
الحفظ باعتبار الكون فيها وقد استووا فيها كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة
وبين المشترين ولو كان للخطة تأثير في القديم لما شاركه المشترون ولهما ان صاحب الخطة
هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بالحفظ نصرتها لان اهل الخطة اصل والمشتري
دخيل وولاية التدبير للاصيل في الدار المشتركة وولاية التدبير للمالك مطلقا بخلاف
القرية والمحلة وقيل بنى ابو حنيفة ذلك على ما شاهده من عادة اهل الكوفة وان لم يبق من اهل
الخطة احد فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان ولاية التدبير والحفظ انتقلت اليهم لزوال
من يتقدم عليهم عندهما وعند ابي يوسف خلصت لهم الولاية لعدم من يزاحمهم
وان بيعت دار ولم يقبض فوجد قتيل فيها فعلى البائع عند ابي حنيفة وعندهما على المشتري
لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على ذي ولاية الحفظ
والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع
والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك
الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد وفي البيع
اليد للبائع قبل قبض المشتري ولو البيع بخيار على ذي اليد عند ابي حنيفة وعندهما
على من يصير الملك له لان البيع المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك كما في صدقة الفطر
وله ان اليد للبائع بالخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد
المشتري والخيار له فهو احق الناس به تصرفا وان كان الخيار للبائع فهي في يده
مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر
لانها تجب على المالك لا على الضامن وهذه ضمان جناية فيجب على الضامن
لان ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك الا يرى ان الغاصب يجب عليه ضمان جناية
العبد المغصوب ولا ملك له بخلاف ما اذا كانت الدار في يد مودع لان هذا
الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد اصالة
لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب
لان يده يد امانة ولان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في النهاية وذكر في الحقائق
ما يدل على ان الضمان على الغاصب ولا تدي عاقلة ذي اليد الا بحجة اي بحجة ان الدار له
يعني اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا يعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها
لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى يعقل عاقلته عنه واليد وان كانت
تدل على الملك ولكنها محتملة فلا يكفي لايجاب الضمان على العاقلة
كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لان ما ثبت
بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع على ما عرف في موضعه هو
ولا فرق في ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار او غيره
عند ابي حنيفة كذا في الزيلعي وان وجد القتيل في دار مشتركة
سهاما مختلفة يعني اذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة انصباء
هم فيها متفاضلة بان كانت بين ثلثة مثلا لاحدهم النصف و
للآخر الثلث وللثالث السدس فالقسامة والدية على الرؤوس
ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل زاحم صاحب الكثير في التدبير
فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فتكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة

وان وجد في سفينة فعلى من فيها من الملاحين والركاب لانه في ايديهم فيستوي المالك وغيره فيه اما على قول ابي يوسف فظ لانه كما يستوي في الدار بين السكان والملاك والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيكون في اليد حقيقة فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف الدار لانها لا تنقل وان وجد في مسجد محلة فعلى اهلها لان التدبير في المسجد اليهم وان وجد بين قريتين فعلى اقربهما لما روينا آنفا وان وجد في سوق مملوك فعلى المالك عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف على السكان كما في الدار كما مر بيانه قال صاحب التسهيل اقول ينبغي ان يشاركهم الملاك عند ابي يوسف كما في مسئلة الدار وفي غير المملوك من سوق كالشوارع جمع شارع وهو الطريق الاعظم على بيت المال لانه لجماعة المسلمين مع ان الغرم بالغنم فانه لو مات عن مال ولا وارث له فماله لبيت المال ولا قسامة فيه لان المقصد منها نفي شبهة القتل وذا لا يتحقق في حق العامة قال صاحب الدرر اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج والاخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هنا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثر لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال في الينابيع وفي مسجد محلة على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والاخر الشارع الاعظم وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطرق الواسعة في الاسواق وخارج البلد وهذا ما قال صاحب الهداية ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة فيه هكذا يجب ان يعلم هذا المقام حتى تندفع الشبهة وتضمحل الاوهام انتهى ما في الدرر وقال صاحب النهاية في شرح قول صاحب الهداية وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة فعلى بيت المال انما اراد به ان تكون نائية عن المحال واما الاسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية على اهل المحلة انتهى يقول الفقير رأيت صورة فتوى لفخر قروم الروم ابي السعود المرحوم وهي هذه سئل المولى ابو السعود عليه رحمة ربه الودود عن زيد قتل في الطريق ولم يكن قاتله معلوما فطلب ورثته الدية من اهل محلة او قرية يسمع الصوت منه فقال قاضي تلك الناحية ان هذا قتل في الشارع الاعظم وفيه يلزم الدية في بيت المال فابرز ولي القتيل فتوى من بعض المفتين ومضمونها انه يلزم الدية على اهل محل قريبة لا على بيت المال فهل لذلك القاضي ان لا يسمع تلك الفتوى ويعتبر ما وجدت مضمونها في الكتاب فاجاب المرحوم بان القاضي في ذلك القول معذور لان لزوم الدية على بيت المال في تلك الصورة مصرح في المتون المتداولة على الاطلاق لكنه في الحقيقة ليس بمطلق بل هو مخصوص بما اذا كان بعيدا عن المحال واما اذا كان قريبا فعلى قريته من المحال على ما ذكر في شروح الهداية نحو النهاية وغاية البيان ولا امكان للعمل باطلاق ما في المتون انتهى وكذا يجب الدية على بيت المال ان وجد القتيل في المسجد الجامع لانه للعامة ايضا لا يختص به واحد دون واحد وكذا ان وجد في السجن عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة على انه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم

مطلب صورة الفتوى لابي السعود المرحوم

وان وجد

صح

قال استاذنا العلامة وشيخنا الفهامة
[illegible]
[illegible] في الاعتراض
اعلم

وان وجد في برية بتشديد الراء وبتشديد الياء ايضا الصحراء ليس بقربه يقول الفقير هكذا في النسخ التي رأيناها والظ بقربها قرية يسمع منها اي من القرية الصوت فهو هدر لانها اذا كانت بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يجب الحفظ فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد وان كانت فالقسامة والدية على عاقلته وكذا لو وجد في وسط الفرات قال صاحب المغرب الفرات نهر الكوفة انتهى وذكره هنا ليس للتخصيص بل المراد به النهر العظيم وهذا قال في المبسوط اذا وجد القتيل في نهر عظيم يجري به الماء فلا شيء على احد وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص فان القتيل ما دام الماء جاريا كان حكم الشط كالحكم الوسط كذا في النهاية وان وجد محتبسا بالشط وهو شاطئ النهر فعلى اقرب القرى منه اي من الشط لان الشط في ايديهم بحيث يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا احق بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع بالشط بخلاف ما اذا وجد في النهر الصغير الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهله به وقيامهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال صاحب النهاية وهذا اذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع ونادى باعلى صوته وان كانوا لا يسمعون ذلك فلا شيء عليهم هكذا ذكره الكرخي رحمه الله في الذخيرة اما اذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب عليهم شيء وانما يجب في بيت المال وان التقى قوم بالسيوف ثم اجلوا عن قتيل يقال اجلوا عنه اي انكشفوا وانفرجوا وحاصل المعنى تفرقوا فظهر في موضع اجتماعهم قتيل فعلى اهل المحلة لان حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب على اهلها فاذا لم يباشروا الحفظ جعل عليهم القسامة والدية الا ان يدعي وليه القتل على ذلك القوم او يدعي على معين منهم اي من ذلك القوم فتسقط عنهم فلا يجب على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة ولا يثبت القتل على ذلك القوم الا بحجة اذ بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه ولكن يسقط عن اهل المحلة لان قول الولي حجة على نفسه ولو وجد القتيل في معسكر يقال عسكر الرجل فهو معسكر والموضع معسكر بفتح الكاف وهو المراد هنا بارض غير مملوكة لاحد فان وجد في خباء وهو الخيمة من الصوف او فسطاط وهو الخيمة العظيمة فكانه اعظم من الخباء فعلى من به اي رب الخباء او الفسطاط والا فعلى الاقرب اي على اقرب الخباء او الفسطاط منه اي من القتيل قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين واما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم كلهم قال العلامة الزيلعي وان كان خارجا منها ينظر فان كانوا نزلوا قبائل قبائل متفرقين فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبائل قبائل في اماكن مختلفة صارت الاماكن بمنزلة المحال المختلفة في المصر الا ترى انهم ليس لغيرهم ان يزعجهم عن ذلك المكان وان وجد بين الفسطاطين فعلى اقربهما وان استويا فعليهما كما اذا وجد بين القريتين او بين المحلتين وان كانوا مختلطين فعلى اهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة مختلطين صارت الاماكن كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون منسوبا اليهم كلهم فيجب غرامة ما وجد في خارج الخيام عليهم كلهم

وان كانوا قد نفروا تلو اعدهم ووجد قتيل بينهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر انه قتيل
العدو وكان هدرا وان كانت الارض مملوكة لاحد فالعسكر
كالسكان والقسامة على الملاك لا عليهم الا على العسكر عند ابي
ح ومحمد خلافا لابي يوسف فانه قال بل على السكان والملاك جميعا وقد
ذكرنا دليل الطرفين فيما سبق فلا نعيد وقال الفاضل الزيلعي وان كان للارض
مالك تجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون الملاك في
القسامة والدية وهذا عندهما ظ والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة
والدار ان العسكر نزلوا فيها للارتحال والانتقال لا للقرار فلا يعتبر
الاتصال بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيهما للقرار فلا بد
من اعتباره انتهى يقول الفقير فيكون في المسئلة روايتان في رواية المسئلة متفق
عليها وفي رواية مختلف فيها كالمحلة والدار والمصنف اختار الثانية
كما هو في الهداية ومن جرح في قبيلة ثم نقل الى اهله ولم يزل ذا
فراش حتى مات من تلك الجراحة فالقسامة والدية على القبيلة عند الامام
وعند ابي يوسف لا شيء فيه لان الذي وجد في القبيلة ما دون النفس
ولا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل
بالموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد بخلاف ما اذا لم يكن
صاحب فراش لانه يحتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك
ولو كان مع الجريح اي مع المجروح رجل فحمله ذلك الرجل المجروح
الى اهله ومات المجروح في اهله فلا ضمان على الرجل الحامل عند ابي يو
وفي قياس قول الامام يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا
في يده كوجوده جريحا في المحلة ولو ان رجلين كانا في بيت
فوجد احدهما مذبوحا فيه ضمن الآخر ديته عند ابي يوسف
خلافا لمحمد فانه لا يضمن عنده لاحتمال انه قتل نفسه او انه قتله الآخر
فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الانسان لا يقتل نفسه
فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة لانه كان
توهم قتل نفسه ساقطا هنالك فكذا هنا ولو وجد القتيل
في قرية كائنة لامرأة فالقسامة عليها وكررت اليمين
عليها والدية على عاقلتها عند ابي ح وعند ابي يوسف على عاقلتها
القسامة ايضا كالدية لان القسامة على اهل النصرة والمرأة
ليست منها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة والتهمة
في المرأة متحققة قال المتأخرون والمرأة تدخل في التحمل مع العاقلة في هذه المسئلة
وان لم تدخل في غير هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل كاحدهم
يشارك العاقلة فيجب عليها وهو اختيار الطحاوي وهو الاصح فيما وعينا
انا باشرت القتل بنفسها ولو وجد في ارض رجل في جنب قرية
ليس صاحب الارض منها اي من تلك القرية فهو على صاحب الارض
لانه احق بنصرة ارضه من غيره لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب
الارض لا الى اهل قرية يقول الفقير هكذا في النسخ التي رأيناها
لكن الظ فهي راجعة الى القسامة . هـ

كتاب المعاقل

لما كان موجب قتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها فذكرها واحكامها
في هذا الكتاب وهي اي المعاقل جمع معقلة كالمفاخر جمع مفخرة بالضم والفتح من عقل يعقل
عقلا اي عقولا وهي الدية وسميت الدية عقلا ومعقلة اذ هي تعقل الدماء من
ان تسفك اي تمنعها عن السفك وفي الصحاح العقل الدية وفي الكافي العاقلة
الذين يعقلون العقل اي يؤدون الدية وعن هذا قال والعاقلة من يؤدي بها اي العقل
اي الدية وهم اي العاقلة اهل الديوان قال صاحب المغرب الديوان الجريدة من دون الكتب
اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة وروي ان عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين
اي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت في الجريدة
وعن الحسن هجرة الاعرابي اذا ضمهم ديوانهم يعني انما اسلم وهاجر الى دار الاسلام
فهجرته انما تصح اذا اثبت اسمه في ديوان الغزاة انتهى ما ذكره صاحب المغرب يقول
الفقير فيه بحث ظ ويمكن جوابه بتدبر وقال صاحب القاموس والديوان يكسر الدال
ويفتح مجتمع الصحف والكتاب يكتب فيه اهل الجيش واهل العطية واول
من وضعه عمر رضي الله عنه جمعه دواوين ودياوين انتهى ان كان القاتل منهم
اي من اهل الديوان وعند الشافعي هم العشيرة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
حكم عليهم ولا نسخ بعده ولانها صلة فالاقارب اولى بها كالارث والنفقات
ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على اهل الديوان بمحضر
من الصحابة من غير نكير منهم فكان اجماعا وليس ذلك بنسخ بل تقرير معنى لان العقل
كان على النصرة وقد كانت بانواع كولاء العتاقة والحلف والعد ان يحالف على
التناصر ومن قولهم عاقلوا على التناصر والمراد منه ولاء الموالاة والعد
وهو ان يعد رجل من قبيلة كما ان من سكن في دار قوم يعد منهم وان لم يكن
قرابة كابليس اللعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة حتى عد منهم وان لم يكن من
جنسهم حقيقة على مقتضى قوله تعالى وكان من الجن الآية ففي عهد عمر رضي الله عنه
صار التناصر بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم
يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا يتناصرون بالحلف فاهله
والدية صلة كما قال الشافعي لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى من ايجابها في اصول
اموالهم لانها اخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين
من وقت القضاء والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه
ولان الاخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج في كل سنة مرة واحدة وقال الباقاني
يجب حالا فان خرجت ثلاث عطايا في اقل من ثلاث سنين او اكثر مثل
ان يخرج عطاياهم في ست سنين مثلا اخذ منها اي من العطايا وحاصله انه
اذا خرج عطاياهم للثلاث في سنة واحدة بعدهم مثلا اخذ منهم الدية فيها
وان خرج في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية اذ المقصود ان
يكون المأخوذ من العطية لا من اصول اموالهم وذلك يحصل بالاخذ من عطايا
سواء كان في ثلاث سنين او اقل منها او اكثر ثم انهم قالوا هنا اذا كانت العطايا
للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء
بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء
ومن لم يكن منهم اي من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب
تؤخذ منهم في ثلاث سنين اي من كل واحد منهم ثلاثة دراهم او اربعة كل
سنة درهم على تقدير ان يؤخذ ثلاثة دراهم في ثلاث سنين في كل سنة درهم وثلث
على تقدير ان يؤخذ اربعة في ثلاث سنين لانه هو الاصح لان معنى التخفيف مراعى فيه

وقيل يؤخذ في كل سنة ثلثة دراهم او اربعة دراهم فيكون المأخوذ من كل
واحد في ثلاث سنين تسعة دراهم او اثني عشر درهما فيخرج من حد التخفيف
لبلوغه حد الجزية في الثاني وقربه منه في الاول فلهذا كان القول الاول اصح
وذكر القدوري في مختصره انه لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة
وينقص منها وهذا اشارة الى انه لا يزاد على اربعة في كل سنة لانه قيد نفي الزيادة
على اربعة دراهم في حق السنة الواحدة لا في ثلاث سنين فكان المأخوذ من كل واحد
في ثلاث سنين اثني عشر درهم
على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم
وذكر في المبسوط ما يؤيد منصوص محمد فقال وقد ظن بعض اصحابنا ان
التقدير بثلاثة دراهم او اربعة دراهم فيما يؤخذ منهم في كل سنة وذلك غلط
فقد فسر ههنا وقال حتى يصيب الرجل في عطائه من الدية كلها اربعة دراهم
او ثلاثة فعرفنا انه لا يؤخذ في كل سنة من كل واحد منهم الا درهم او درهم وثلث درهم
كذا ذكره في النهاية فان لم يتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل
اليهم نسبا الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام
ثم بنوهم واما آباء القاتل وابناؤه فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى
انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون ثم انهم قالوا هذا
الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت انسابهم فامكن ايجاب
العقل على اقرب القبائل من حيث النسب واما في حق العجم فلا يستقيم لانهم
ضيعوا انسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على اقرب القبائل اليهم نسبا
فاذا لم يكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب
وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع
لذلك لاهل راية يضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا اصابهم امر
الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم بمصالحهم
ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي على كل واحد من العاقلة نصف دينار
فيستوي بين الكل يعني الاباء والابناء وغيرهم لانه صلة لا يجب على العاقلة
على سبيل المواساة فيعتبر بالزكاة وادناها ذلك لان خمسة دراهم عندهم
نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة من الزكاة الا ترى انه لا يؤخذ
من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل
اصحاب الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث
لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال
ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة يؤخذ كلما خرج رزق الثلث
بمنزلة العطايا وان كانت تخرج في كل ستة اشهر يؤخذ منه سدس الدية
وان كانت تخرج في كل شهر فحسابه حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث
وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر
وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الا
عطيات دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت
فيتعسر الاداء منه كذا في الزيلعي والفرق بين العطية والرزق
ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا
مقاتلة والقاتل كاحدهم فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو
القاتل الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره

مطلب الفرق بين العطية والرزق

وقال الشافعي

وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل
فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك
ايجاب البعض ولانها وجبت للنصرة وهو ينصر نفسه مثل ما ينصره غيره بل اشد فكان اولى
بالايجاب عليه فاذا كان المخطئ معذورا فالبري عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة
وزر اخرى وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض الا ترى ان كل واحد من العاقلة
لا يجب عليه الكل ثم هنا يجب عليه البعض فظهر بذلك ان اعتبار الجزء بالكل باطل
وان كان القاتل ممن يتناصرون بالحرف جمع حرفة او بالحلف بكسر الحاء وقد ذكرناه
في اول الكتاب فعاقلته اهل حرفته او اهل حلفه لما ان المعنى هو التناصر وعاقلة
المعتق بفتح التاء وعاقلة مولى الموالاة مولاه وعاقلته يعني ان عاقلة المعتق مولاه
وعاقلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم
وعاقلة مولى الموالاة مولاه وعاقلة مولاه لانه يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة
وفي مولى الموالاة خلاف الشافعي وقد مر في الولاء وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه لان
نسبته اليهم فينصرونه فان ادعاه الاب بعد ما عقلوا عنه اي بعد ما عقل عاقلة الام عنه
رجعوا على عاقلة الاب بما غرموا لانه ظهر ان الدية كانت واجبة على عاقلة الاب
حيث اكذب نفسه وبطل اللعان وثبت نسبه منه فقوم الام تحملوا مضطرين
عن قوم الاب كان عليهم فيرجعون بما غرموا في ثلاث سنين من حين يقضي لعاقلة الام
على عاقلة الاب وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل وهو ما يجب بالخطأ
او شبه العمد او التسبيب والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لاولياء الضارب
قوموا فدوه قاله حين ضربت امراة بطن امراة فالقت جنينا فراجعوا الامر اليهم
وان الخاطئ معذور وكذا المباشر شبه العمد لان الالة للتاديب لا للقتل
وللنفس احترام لا يجوز اهدارها ولا وجه لايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب
مال عظيم استيصاله فضم اليه العاقلة لانهم قصروا في الاحتراز عن القتل بقوة في
نفسه وتلك القوة بنصرة العاقلة فكانوا مقصرين في ترك مراقبته فخصوا به
والقتل بالتسبيب خطأ فلا تعقل جناية عمد ولا جناية عبد من اضافة
المصدر الى الفاعل بان يجني العبد على الحر واما لو جنى الحر على العبد فقتله
خطا كان على عاقلته بدل النفس كذا في النهاية ولا ما لزم بصلح او اعتراف
والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قال صاحب العناية
قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا
عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء
من جناية عبده انما جنايته في رقبته يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه
يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذكرت ذلك
للاصمعي فاذا هو يرى القول قول ابن ابي ليلى على كلام العرب وما اراى قول ابي حنيفة جائزا
ذاهبا الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام ولا تعقل العاقلة عن عبد
ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل
اذا اعطيت ديته ويقال عقلت عن فلان اذا لزمه دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي
كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه
حتى فهمته واجيب عنه بان عقلت فلانا يستعمل بمعنى عقلت عنه وسياق
الحديث وهو قوله لا يعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا
يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف انتهى

يؤدا الفقير بعد ما دل سياق الحديث وسياقه على هذا لا يكون لما قاله الاصمعي في حق سيدنا ابي يوسف القاضي وجه اصلاً بل ينبغي ان يقال في حق الاصمعي انه ما تفطن بما دل عليه سياقه وسياقه فقال ما قال فجنى العقل بانه عاب عيب ه

الا ان يصدقوه لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا لاخر الحديث الذي رويناه وهو ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر الدية بدل النفس ولان التحمل للاحتراز عن الاجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل بين القليل والكثير عرف بالسمع وقوله ولا ما دون ارش الموضحة وما نقص من ذلك على الجاني وعن هذا قال بل في ذلك ان الاقل من نصف عشر الدية على الجاني فسقط القياس في التسوية بين القليل والكثير وهو وجوب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه صلى الله عليه وسلم اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا

ولا يدخل النساء والصبيان في العقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان ولا بالنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية ه وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه والنصرة لا توجد فيهما ولا يعقل مسلم عن كافر ولا بالعكس لانه لا يعقل كافر عن مسلم لعدم التناصر ويعقل الكافر عن الكافر وان اختلفا ملة لان الكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلف مللهم لان الكفر كله ملة واحدة ان لم تكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود والنصارى فان العداوة بينهما ظاهرة فلا يعقل بعضهم عن بعض لانقطاع التناصر بظهور العداوة هكذا روي عن ابي يوسف فان لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي بها عليه كما في حق المسلم لان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم يوجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي عليه بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه والمسلم اذا لم يكن له عاقلة يعقل عنه بيت المال لان الدية تجب باعتبار النصرة وجماعة المسلمين يتناصرون وقيل المسلم كالذمي تجب الدية في ماله اذا لم يكن له عاقلة

قال صاحب الاختيار يعني ليس له ديوان ولا عشيرة وقيل يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقيل تجب في ماله وقيل ان كان القاتل مسلما تجب في بيت المال لان الدية تجب باعتبار النصرة وجماعة المسلمين يتناصرون ويتناصر بعضهم عن بعض وعلى هذا الخلاف اللقيط ولا يعقل مدينة عن مدينة ويعقل المدينة عن قراها لان اهل المصر يتناصرون على اهل سوادهم وقراهم ولا يتناصرون باهل مصر آخر انتهى وان جنى حر على عبد خطأ فعلى العاقلة اي عاقلة الحر لانها بدل النفس فيكون على العاقلة كما في الحر وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الحديث لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا والجواب ان المراد بالحديث جناية العبد اي لا يعقل العبد جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جناية العبد توجب دفعه الا ان يفديه المولى على ما نقلنا انفا ان العبارة ما جرى بين الاصمعي وابي عبيد وقال صاحب الاختيار وروي عن ابي يوسف انها في مال القاتل وحمل قوله صلى الله عليه وسلم على ما حمل عليه الشافعي في احد قوليه وحمل عليه ابن ابي ليلى

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

اورد كتاب الوصايا في اخر الكتاب لظهور المناسبة لان اخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة في وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان الجناية قد تفضي الى الموت الذي هو وقت الوصية والوصايا جمع وصية كالبرايا جمع برية والهدايا جمع هدية والوصية اسم من الايصاء اوصى يوصي ايصاء في اللغة الوصية والوصاة اسمان بمعنى المصدر ومنه قوله تعالى حين الوصية اثنان ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها او دين والوصاية بالكسر مصدر وصي ويقال اوصى فلان الى زيد لعمرو بكذا انتهى الوصية في الشرع تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع وسببها ارادة تحصيل الذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كثيرة منها كون الموصي بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي موجودا في الحال او معدوما ومنها كون الموصي اهلا للتبرع حتى لا يصح من الصبي والعبد ومنها عدم الدين ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث ومنها ان يكون الموصى له اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة ومنها ان لا يكون الموصى له قاتلا ومنها ان يكون الموصى له موجودا حيا وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية تصح والا فلا واما ركنها فقوله اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة فيها واما حكمها ففي حق الموصى له ان يملك الموصى به ملكا جديدا كما في الهبة وفي حق الموصي اقامة الموصى فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث واما صفتها فما هو المذكور بقوله في المتن بقوله وهي مستحبة وليست بواجبة هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق سواء كان عليه مستحق لله تعالى كالزكاة والصيام والحج والصلاة التي فرط فيها فهي واجبة وبعض الناس قالوا الوصية للاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض وبعضهم قالوا الوصية واجبة على كل احد من غير فرق وبيان واستدلوا بظاهر قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا يكون فرضا وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر اذا كان له مال ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه وحجتنا في ذلك ان الوصية مشروعة لنا لا علينا قال صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم فضعوه حيث شئتم والمشروع لنا ما لا يكون فرضا ولا واجبا علينا بل يكون مندوبا اليه بمنزلة النوافل من العبادات ثم التبرع بعد الوفاة معتبر بالتبرع في حالة الحياة وذلك احسن مندوب اليه فكذلك التبرع بالوصية بالموت واما قوله تعالى كتب عليكم الآية فقد اتفق اكثر اهل التفسير على ان ذلك كان في الابتداء قبل نزول آية المواريث ثم انتسخ وتكلموا في ناسخه وكان ابو بكر الرازي يقول انما انتسخ بقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فانه نص على المواريث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين والاقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكر الارث بعد الوصية المعرفة وبين ان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا واما الحديث الذي رووه فهو شاذ والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول على ما كان في الابتداء او المراد ان ذلك لا يليق بطريق الاحتياط والاخذ بمكارم الاخلاق كقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل

باب الوصية بالخمس او الربع

بما دون الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم والثلث كثير وعن علي كرم الله وجهه ورضي
لان اوصي بالخمس احب الي من ان اوصي بالربع ولان اوصي بالربع احب الي من ان اوصي بالثلث
ولان فيه صلة للقريب بترك حقه لهم ولا صلة فيما اذا اوصى بالثلث تماما لانه استوفى حقه فلا صلة
ان كان الورثة اغنياء او يستغنون بانصبائهم لان الوصية تكون صدقة على الاجنبي
والترك هبة للقريب والاول اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذه الصورة يخير
لاشتمال كل منهما على فضيلة وهي الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين والا اي وان لم يكونوا اغنياء
ولم يستغنوا بانصبائهم فتركها اي ترك الوصية راسا احب لما فيه من الصدقة على القريب
وقد قال صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء
والقرابة جميعا ولا تصح الوصية بما زاد على الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد
بن ابي وقاص رضي الله عنه انه قال جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد
فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي افاتصدق
بثلثي مالي قال لا قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث
او كبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس
ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا
ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره واظهره في حق الورثة
لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التاذي بالايثار وقد جاء في الحديث
الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث
ولا تصح الوصية لقاتله مباشرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل وهذا
بالكلام يتناول القاتل مباشرة عمدا كان او خطأ وقال الشافعي تجوز للقاتل وقيده
بقوله مباشرة احترازا عن القاتل بالتسبب فانه لا يمنع صحة الوصية لان المسبب ليس
بقاتل حقيقة فلا يتناوله ولا لوارثه لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله اعطى كل ذي حق حقه
الا لا وصية لوارث ولان البعض يتاذى بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف
بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية
لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو اوصى لاخيه وهو غير
وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه
في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى يعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على
عكسه فيعتبر كونه وارثا او غير وارث عند الاقرار لانه تصرف في الحال فيعتبر حاله في
ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا
بعد ذلك ولكن شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار الا باجازة الورثة
استثناء من الثلث والوصية لقاتله ووارثه جميعا يعني تصح الوصية بما زاد على
الثلث ولقاتله ولوارثه ان اجازت الورثة لان الامتناع في الكل لحقهم فيجوز
باجازتهم وقد روى ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز وصية
لوارث الا ان يشاء الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون بالغا
وان اجاز البعض ورد البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره
ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم
ان يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي وفي الزيلعي في هذا المحل بحث وجواب
ان شئت فراجعه وتصح الوصية بالثلث للاجنبي وان لم يجيزوا اي الورثة
لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم
في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم فضعوها حيث شئتم وعليه الاجماع
وتصح الوصية من المسلم للذمي وبالعكس فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
والثاني لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات حتى جاز التبرع من الجانبين في الحياة فكذا في الممات

قال صاحب النهاية وصاحب العناية وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية
ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل ثبت الملك له لانهم من اهل الملك
واما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك المال في حياته
فكذا بعد وفاته وصيته بالثلث او بجميع ماله لان المنع انما منع من الوصية بما زاد على الثلث
لحق ورثة المسلمين فان حقهم معصوم من الابطال بخلاف ورثة الحربي لان حقهم غير معصوم فلذلك
لم يمنع حقهم صحة الوصية بالجميع كذا في شرح الجامع الصغير انتهى يقول الفقير في وجه التوفيق
وهل له لا معنى لان يقال انه لا ينبغي ان يفعل بعد ما قيل في الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب
وتصح الوصية للحمل وبه اي بالحمل ان كان بينهما اي بين الوصية وبين ولادته اي ولادة الحمل
اقل من ستة اشهر ليتيقن وجوده وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه
لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته غير انه
لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيئا
لا يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح لانا نقول
الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها
بالميراث يسقط القبول اذا لم يكن عملا بالشبهين وهنا يسقط بموت الموصى له قبل القبول
واما الثاني وهو ما اذا اوصى بالحمل فلانه يجري فيه الارث فيجري فيه الوصية ايضا
ثم انه شرط في الهداية ان يولد لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية وقال في النهاية
تجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر اي من وقت موت الموصي
لا من وقت الوصية من غير تفصيل وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له
وان اوصى به يعتبر من وقت الموت ولا تصح الهبة له اي للحمل لان الهبة من شرطها القبول
والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه احد حتى يقبض عنه وان اوصى بامة اي بجارية
دونه صحت الوصية والاستثناء لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق
فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا استثناؤه
لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد ولكن يكون الاستثناء منقطعا
اذ لم يدخل تحت اللفظ ولا بد في الوصية من القبول لان الا يصح تمليك فلا بد من القبول
وقال الشافعي لا يلزم القبول لانها خلافة فلا تحتاج الى القبول كما في الميراث
ويعتبر القبول بعد موت الموصي لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي ولا اعتبار
بالرد والقبول في حياته كما اذا قال لامراته انت طالق غدا على درهم فان ردها وقبولها
اليوم باطل ويملك اي بالقبول ملك الوصية لا قبله لان الوصية اثبات ملك جديد
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره بلا اختياره الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصي
فانه اي الموصى له يملكها اي يملك الوصية وتصير لورثته اي لورثة الموصى له
والقياس ان يبطل الوصية لما ذكر ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري
قبل القبول بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت
بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه
كما في بيع شرط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة ولا تصح من صبي
وقال الشافعي تصح وصية الصبي اذا كانت في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز
وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه فيه نظر له بتحصيل التقرب الى الله تعالى
ولو لم ينفذ يبقى لغيره ولا نظر له فيه وهذا لان المنع من التبرع حال حياته نظر له
حتى ينتفع بماله وبعد الموت ينعكس فينفذ ولان الوصية اخت الميراث والصبي
يورث عنه بعد موته كالبالغ فكذا في الوصية ولنا انه تبرع فلا يصح كالهبة والصدقة
وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار اوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق

الا ترى ان طلاقه لا ينفع وان تضمن نفعا فى بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم فتصحيح وصيته
يؤدى الى القول بانه قول ملزم والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمى يافعا
وهذا لم يستفسر عمر رضى الله عنه ان وصيته كانت فى القرب او غيرها ويحتمل
ان وصيته كانت فى تجهيزه وذلك جائز عندنا وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك
الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا ادركت فثلث مالى لفلان
وصية لانه ليس باهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا واليافع من ايفع يقال
ايفع الغلام اذا ارتفع فهو يافع ولا يقال موفع وهو من النوادر وغلام يفاع
يعنى يافع وجمعه يفعان كذا فى النهاية ولا تصح من مكاتب وان ترك وفاء لان ماله
لا يقبل التبرع اعلم ان وصية المكاتب ثلاثة اقسام قسم بطل بالاجماع وهو ان
يعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة فلا يصح كمن اوصى بعتق عبد غيره
ثم ملكه ولو اجازها بعد العتق جازت على ان الاجازة انشاء للوصية فتصح بلفظ
الاجازة بخلاف ما اذا اعتق عبده ثم اجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز
لان العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف
الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان
او اوصيت بثلث ماله حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات
كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك
لم يوجد اذ لم يثبت الحرية له فى حال حياته مطلقا وانما ثبت بطريق الضرورة فلا يظهر
فى حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالى لفلان
ثم عتق فالوصية باطلة عند ابى حـ وعندهما جائزة وهذا بناء على ان للمكاتب
نوع ملك حقيقى وهو ما بعد العتق ومجازى وهو ما قبل العتق فعند ابى حـ
ينصرف الى المجازى لانه هو الظاهر لان الظاهر بقاء ما كان على ما كان والاخر ليس بموجود
والظاهر بقاؤه على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقى وهو ما
يملك بعد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا الحكم وهو الوصية تصحيحا لتصرفه او يتناول
النوعين فيصح فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريته فهو حر
منصرف الى ما يشتريه لنفسه لا لغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الاخر ويتناول
اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق كما فى الزيلعى وفيه تفصيل اخر كتبته
على انه من عندى نفسه ان شئت فراجعه والوصية مؤخرة عن الدين لانه اهم فان اداءه
فرض والوصية تبرع فيبدأ بالاهم فالاهم فلا تصح ممن يحيط دينه بماله الا ان يبرئه الغرماء
فحينئذ تصح لزوال المانع لعدم بقاء الدين فينفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها
وللموصى ان يرجع فى وصيته لانه تبرع فجاز الرجوع عنها كالهبة ولان قبول الوصية
بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما فى سائر العقود ثم الرجوع قد
يثبت صريحا وقد يثبت دلالة وعن هذا قال قولا بان يقول رجعت عن وصيتى او فعلا بان يفعل
بالشئ الموصى به فعلا يدل على الرجوع فسر ذلك بقوله بقطع صفة فعلا حق المالك فى الغصب
اى فى المغصوب كقطع الثوب او خياطته او يزيل ملكه كالبيع والهبة فانهما يزيلان ملكه
فاذا فعل فى الوصية ما يقطع حقه او يزيل ملكه كان رجوعا لانه لانها تعمل عمل الصريح فقام
الفعل المذكور مقام القول وان اشتراه او رجع عن الهبة بعد ذلك اى بعد ما باعه او وهبه
لزال ملكه عنه ولا يعود ملكه ثانيا بالشراء او الرجوع او يوجب معطوف على يزيل ويقطع
يعنى له ان يرجع عن وصيته بان يفعل فعلا يوجب فى الموصى به زيادة لا يمكن التسليم الا بها
اى بتلك الزيادة كلت السويق بسمن والبناء فى الدار والحشو بالقطن يعنى
لو اوصى بسويق فلته بسمن او بالدار فبنى فيها او بالقطن فحشى به فانه كان فعل فى الموصى به
فعلا او اوجب زيادة لا يمكن تسليمه الى الموصى له الا به للاختلاط بغيره فيكون رجوعا دلالة

وقطع الثوب

وقطع الثوب مبتنا وذبح الشاة رجوع خبر لان القطع والذبح استهلاك ولان مثله يكون
للتصرف الى حاجة عليه فيبطل الوصية ويكون رجوعا لا غسل الثوب وتجصيص الدار وهدمها
لانه تصرف فى التبع الا ترى ان من اراد ان يعطى ثوبه غيره يغسله عليه فكان تقريرا معنى
والجحود ان جحود الوصية ليس برجوع عن الوصية عند محمد خلافا لابى يوسف لان الرجوع
والجحود نفى فى الماضى فالاولى ان يكون رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين
ولمحمد ان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فبينهما تناف فلا يكون
الجحود رجوعا ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا ولا قوله اخرت الوصية يعنى لو قيل
فقال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس باسقاط بخلاف قوله تركت لان الترك
الابراء لان الدين اذا قال المديون تركت دينك كان ابراء ولو قال اخرتها عنك لا يكون ابراء
او كل وصية اوصيت بها لفلان فهى حرام فانه لا يكون رجوعا عن الوصية لان
بخلاف ما اذا قال فهى باطلة فانه يكون رجوعا لان الباطل ذاهب متلاشى لا اصل له
ولو قال لما اوصيت به لفلان فهو لفلان فرجوع لان اللفظ يدل على قطع الشركة
واثبات التخصيص لفلان الثانى فاقتضى رجوعا عن الاول بخلاف ما اذا اوصى لاخر به
فانه لا يكون رجوعا لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون مشتركا بينهما
الا ان يكون فلان الثانى ميتا حين اوصى فالوصية الاولى تكون على حالها لان الوصية
انما تبطل ضرورة كونها للثانى ولم يتحقق فبقيت للاول ولو كان فلان حين قال ذلك
ثم مات قبل موت الموصى فهى للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدهما اى بعد الهبة والوصية بطول
الفقير هكذا فى النسخ التى رايناها لكن الظاهر بعدهما راجعا الى الهبة والوصية
والاصل فى هذا الفصل ان كون الموصى له وارثا او غير وارث فى جواز الوصية وفسادها
وفى الاقرار يعتبر كون المقر له وارثا او غير وارث يوم الاقرار فى جوازه وفساده
فاذا اوصى المريض لامرأة بشئ او وهب لها شيئا ثم تزوجها ثم مات بطل الوصية والهبة
اما الوصية فلانه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهى وارثة ح والوصية للورثة
واما الهبة فهى وان كانت منجزة فهى كالمضافة الى الموت لان حكمها يتقرر عند الموت
بخلاف اقراره فان المريض اذا اقر لامرأة بدين ثم تزوجها ثم مات جاز اقراره لان
او غير وارث وقت الاقرار وهى اجنبية فيه وكذا اقراره ووصيته وهبته
لابنه الكافر او لابنه الرقيق ان اسلم ابنه الكافر او اعتق ابنه الرقيق
بعد ذلك يعنى اذا اقر المريض واوصى او وهب لابنه الكافر او الرقيق ثم اسلم
الابن او اعتق الرقيق بعد الاقرار او الوصية او الهبة قبل موت الاب بطل ذلك
اما الاقرار فلانه وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت
فيورث تهمة الايثار فيصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا واما الوصية والهبة فلما
ان المعتبر فيهما حال الموت وهو حال الموت وارث وهبة المقعد وهو العاجز
عن المشى لداء فى رجليه كان الداء اقعده والمفلوج اى من به الفلج وهو داء يعرض
فى نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية والاشل وهو الذى فى يديه
ارتعاش وحركة والمسلول وهو الذى فى بدنه ارتعاش وحركة والمسلول وهو الذى
يكون به علة السل وهو بالكسر قرح يكون فى الرئة من كل ماله ان طالت مدته قيل
طولها بالسنة ولم يخف موته منه والا اى وان لم يطل مدته وخيف موته منه فمن ثلثه
والحاصل ان هذه امراض مزمنة فمن عرض له واحد منها عياذا بالله تعالى وتصرف بشئ من التبرعات
ثم مات قبل تمام سنة مشتملة على الفصول الاربعة كان المريض مرض الموت فيعتبر تبرعاته
واذا سلم من الفصول الاربعة كل منها ظنه الهلاك صار المرض بمنزلة طبع من طبايعه وخرج
صاحبه من علامة المرض حتى لا يشتغل بالتداوى بل لا ينبغيه فيعتبر تبرعاته من كل ماله

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب

ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله ولم يجز الورثة ذلك قسم الثلث بينهما نصفين لانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاول بخلاف ما اذا قال العبد الذي وصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثاني لوجود ما يدل على الرجوع عن الاول على ما مر آنفا

ولو اوصى لاحدهما بثلث وللاخر بسدس ولم يجز الورثة قسم الثلث بينهما بالاجماع لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما اذ لا تزيد الوصية على الثلث فيقسم الثلث على قدر حقهما فيجعل الاقل وهو السدس سهما فصار الثلث ثلاثة اسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللاخر بثلثيه او بكله لاحدهما ولو اوصى لاحد او بنصفه او بكله ولم يجز الورثة ينصف الثلث بينهما عند ابي حنيفة لان الوصية باكثر من الثلث اذا لم يجزها الورثة فقد وقعت باطلة فكانه اوصى بالثلث لكل واحد فينصف الثلث بينهما في جميع هذه الصور وعندهما يثلث الثلث في الاول اي في وصية للاخر بثلثيه فيكون لصاحب الثلث سهم منه ولصاحب الثلثين سهمان ويخمس الثلث خمسين وثلاثة اخماس في الثاني اي في وصية للاخر بنصفه فيكون خمساه لصاحب الثلث وثلاثة اخماسه لصاحب النصف لان مخرج الثلث والنصف اذا اجتمعا يكون ستة ونصفه ثلاثة وثلثه اثنان فيكون المجموع خمسة اسهم فيقسم الثلث بهذه السهام ويربع الثلث في الثالث اي في وصية للاخر بكله فيكون لصاحب الثلث ربعه ولصاحب الكل ثلاثة ارباعه لان الزائد على الثلث انما يبطل بمعنى ان الموصى له لا يستحق حقا على الوارث لكن يعتبر في ان الموصى له باخذ الثلث بحصة ذلك الزائد اذ لا موجب لابطال هذا المعنى فمخرج الثلث ثلاثة فالثلث واحد والكل ثلاثة فصارت اربعا فيقسم الثلث بهذه السهام وهذا الخلاف مبني على اصل مختلف فيه بين الامام والامامين والى هذا اشار بقوله ولا يضرب على صيغة المبني للمفعول الموصى له بما زاد على الثلث عنده اي عند الامام قال صاحب المغرب قال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي ياخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث وقالوا ضرب في ماله سهما او جعل فيه وعلى هذا قوله في المختصر وابو حنيفة لا يضرب للموصى له بما زاد على الثلث على حذف المفعول الصريح كانه قال لا يجعل ابو حنيفة للموصى له شيئا فيه ولا يعطيه والضرب في اصطلاح الحساب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الاخر من الآحاد انتهى فعلى هذا يكون معنى قوله ولا يضرب للموصى له الخ اي لا يجعل للموصى له بما زاد على الثلث شيء ولا يعطى له بحكم ماله منه كما اذا اجازت الورثة فيقسم الثلث عندهما في الصورة الاولى على ثلاثة اسهم سهم لصاحب الثلث وسهمان لصاحب الثلثين وعلى خمسة في الصورة الثانية ثلاثة للموصى له بالنصف وسهمان للموصى له بالثلث وعلى اربعة في الصورة الثالثة ثلاثة للموصى له بالكل وواحد للموصى له بالثلث

وفي بعض النسخ ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث عند الامام بغير اللام التي جرت في اول لفظ الموصى له فحينئذ يكون لا يضرب على صيغة المبني للفاعل ويكون معناه ولا ياخذ الموصى له بما زاد على الثلث من الزائد شيئا عند الامام وياخذ عند الامامين على ما فسره صاحب المغرب به اولا

وقال صدر الشريعة المراد بالضرب مصطلح بين الحساب فاذا اوصى بالثلث والكل فعند ابي حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف فيضرب النصف في ثلث المال فالنصف في الثلث يكون نصف الثلث وهو سدس فلكل سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب الربع في ثلث المال فالربع في الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب الكل ثلاثة من الاربعة وهي ثلاثة ارباع الثلث فيضرب الثلاثة في الثلث يعني ثلاثة ارباع الثلث ولصاحب الثلث واحد من الاربع فيضرب في الثلث وهو الربع يعني ربع الثلث وهذا معنى الضرب وتحير فيه كثير من العلماء يقول الفقير واذا كان المراد بالضرب الضرب المصطلح يكون الباقي قوله بما زاد على الثلث زائدة على النسختين ويكون قوله بما زاد قائما مقام المفعول على النسخة ومتعلقا على النسخة الثانية لكن الاوجه الاسلم ان يكون الضرب بمعنى الجعل او الاخذ على ما بينه صاحب المغرب تدبر الا في المحاباة صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فان المحاباة حصلت لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لكونها في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة والسعاية صورتها ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف والاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا جميعا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي والدراهم المرسلة اي المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما وصورتها ان يوصي لرجل بالفين وللاخر بالف وثلث ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يخرج هذا القدر من الثلث يعني اعتبار المال الموهوم كاف في اعتبار الضرب بقدر سهمهما ووجه فرق الامام بين الصور الثلاث وبين غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين ونحوهما والشرع ابطل الوصية في الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر في حق الضرب بخلاف ما اذا لم تكن مقدرة حيث لا يكون في العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة فاذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة في حق الضرب

وتبطل الوصية بنصيب ابنه يعني لو اوصى بنصيب ابنه لغيره بطل لان الوصية بما هو حق الابن لا يصح لغيره مع ان فيها تغيير ما فرضه الله تعالى فلا تصح

وتصح الوصية بمثل نصيب ابنه يعني لو اوصى بمثل نصيب ابنه لغيره لا يبطل اذ لا مانع منه لان مثل الشيء غيره وقال زفر كلتاهما صحيحتان لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير ولانه يحتمل ان يقال انه حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه فقوله اوصيت بنصيب ابني اي بمثل نصيبه ومثله شائع قال الله تعالى واسأل القرية اي اهلها ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير وانما يجوز حذف المضاف اذا كان ما يدل عليه كما في الآية لان السؤال يدل على المسؤول وهم الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز

فلو كان له ابنان واوصى بمثل نصيب ابن لآخر فللموصى له الثلث والقياس
ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل
واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب
ابنه وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم وان كان له ثلاثة بنين واوصى بمثل نصيب
ابن لآخر فالربع وعلى هذا القياس وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين الى الورثة
يعني يقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع
بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم وان اوصى بسهم من ماله
فالسدس عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما مثل نصيب احدهم اي احد الورثة الا
ان يزيد على الثلث ولا اجازة من الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة
عرفا لا سيما في الوصية لانها اخت الميراث والاقل متيقن فيصرف اليه الا انه
زاد على الثلث ولا يجيزه الورثة فيرد اليه لانه لا مزيد للوصية عليه عند
عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة رحمه الله ان السهم هو السدس روي ذلك عن ابن
مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وبما روي
ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياس بن معاوية قاضي البصرة قال السهم في اللغة
عبارة عن السدس وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما
قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء يعني التعيين الى الورثة فيقال
اعطوه ما شئتم وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله يعني ان قال سدس مالي
لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس آخر ثلث مالي لفلان واجازوا اي الورثة
فله الثلث ويكون السدس داخلا في الثلث لان الثلث متضمن للسدس فيدخل
فيه فلا يتناول اكثر من الثلث وان اوصى بسدس ماله ثم بسدسه يعني ان قال
سدس مالي لفلان ثم قال سدس مالي له فله السدس الواحد سواء اتحد المجلس او اختلف
قيد المنكر معنى لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت
معرفة كانت الثانية عين الاولى قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى
فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين
قال صاحب الدرر قال صدر الشريعة فان قلت قوله ثلث مالي له ان كان اخبارا كاذبا
وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة الورثة وان كان في السدس
اخبارا وفي الثلث انشاء فهذا ممتنع ايضا اورد السؤال ولم يجب عنه اقول
وبالله التوفيق نختار انه انشاء وانما يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف
مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس والثلث في كلام شايع وضم الشايع
الى الشايع لا يفيد ازديادا في المقدار بل يفيد الاكثر متقدما كان او متأخرا
ولهذا قال الجمهور في تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمن لا يتصور الا في الشايع وضم
السدس الشايع الى الثلث الشايع لا يفيد زيادة في العدد فلا يتناول اكثر من الثلث
وفائدة الاجازة انما تظهر فيما يكون متناول اللفظ الابداء مستانفا لا اجازة
ويقرب من هذا قول اهل المعقول ان ضم الكلي الى الكلي لا يفيد الجزئية انتهى
يقول الفقير وجه قربه اليه انه كما ان ضم الكلي الى الكلي لا يفيد شيئا زائدا كذلك ضم الشايع
الى الشايع لا يفيد زيادة في العدد وقال مولانا محمد الواني ليس مراد صدر الشريعة
السكوت عن الجواب اذ لو كان كذلك لما اهمل في اثناء الجواب ولم يورد
اداة الشرط في ابتداء الاعتراض بل مقصوده الجواب بطريق بليغ واسلوب بديع
وهو ان يجعل قوله ولو قال سدس مالي لعمرو لاه مقولا لقوله قلت وجوابا
عن السؤال المذكور يعني يجعل السدس الشايع في ضمن الثلث كالسدس المذكور صريحا
وفي الصريح يلزم السدس الواحد فكذا هنا يدخل السدس في الثلث ويلزم الثلث فقط انتهى

يقول الفقير

يقول الفقير وقع في نسخة صدر الشريعة التي عندنا بعد قوله قلت هكذا قوله ثلث ما بعد قوله
سدس مالي له يحتمل ان يكون مراده بهذا سدسا آخر ويحتمل ان يكون مراده ثلثا آخر
غير السدس فعند الاحتمال الحمل على المتيقن اولى وهو الثلث هنا لعل اصل النسخ هنا
وسقوط في بعضها من تصرف الناسخين تدبر ولو اوصى بثلث دراهمه او ثلث غنمه
او ثلث ثيابه وهي اي الثياب من جنس واحد فهلك الثلثان وبقي الثلث فله
الباقي ان خرج من الثلث اي من ثلث ما بقي من ماله وقال زفر له ثلث ما بقي من دراهمه
او غنمه او ثيابه لان كل واحد من الدراهم والغنم والثياب مشترك بين الورثة والموصى له
والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة ولنا ان الجنس الواحد
يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة واذا امكن الجمع
جمع حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصي جعل حاجته في هذا القدر
متقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له
كالاصل والاصل فيما اشتمل على اصل وتبع اذا هلك منه شيء ان يجعل الهالك
من التبع كما في مال الزكاة حيث يصرف الهالك الى العفو ثم الى النصاب
يليه ثم وثم وكذا كل مكيل وموزون وفي التسهيل اشارة الى اشتراط
ان يكون المكيل والموزون من جنس واحد وان اوصى بثلث ثيابه وهي
متفاوتة ليست من جنس واحد فهلك الثلثان فله ثلث ما بقي من الثياب
لان الجنس مختلف فلا يمكن جمع حق احدهم في الواحد وان اوصى بثلث عبيده
فهلك الثلثان فكذلك اي يكون له ثلث ما بقي من العبيد عند ابي حنيفة رحمه الله
لان الظاهر هو التفاوت بين افرادهم فيكون اجناسا مختلفة فلا يمكن جمع حق
احدهم في الواحد وعندهما له كل الباقي لانهم جنس واحد حقيقة وان تفاوت
افرادهم في الظاهر وهذا الخلاف بناء على مسئلة قسمة الرقيق فعنده يقسم كل
عبد على حدة فكان مشتركا فما هلك هلك على الشركة وعندهما يقسم الكل قسمة واحدة
وقيل لو اتفقا في العبيد ايضا فلا خلاف بينهم والدواب كالعبيد
خلافا واتفاقا وان اوصى بالف ولم يعين وله عين ودين على الغير من جنس الالف
فهي اي الوصية عين ان خرجت من ثلث العين بان كان له ثلاث الاف درهم
نقدا وكان له عين فيهما ثلاث الاف درهم لامكان ايفاء كل ذي حق حقه من غير
فيصار اليه والا اي وان لم تخرج من ثلث العين بان كان النقد الفا والعين
قيمتها الفين دفع ثلث العين الى الموصى له بالغا ما بلغ ودفع ايضا ثلث ما
يستوفى من الدين الى ان يتم الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي
تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان العين خير من الدين ولان الدين ليس
بمال في الحال وانما يصير مالا في المآل عند الاستيفاء والعين مال مطلقا في جميع الاحوال
فاعتدال النظر فيما ذكرناه وان اوصى بالثلث لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله للحي
سواء علم موت احدهما او لا لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من
كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم الموصي موته
فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لكل واحد منهما فلم يرض للحي
الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم موته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل
وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو واحدهما ميت فالنصف اي نصف الثلث
للحي لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم
الا ترى انه لو قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان
وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه الا ترى الى قوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة
فانه اقتضى ان يكون النصف بين بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم كذا في الزيلعي

وان اوصى بثلث ماله ولا مال له عند الوصية فاكتسب مالا بعد الوصية
فللموصى له ثلث ماله عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى
ما بعد الموت فيثبت حكمه بعد الموت فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله
وان اوصى بثلث غنمه ولا غنم له اصلا او كان فهلك الغنم قبل موته بطلت
وصيته لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وان استفاد غنما يعني
ان لم يكن له غنم حين الوصية فاستفاد غنما ثم مات صحت وصيته في الصحيح
لانها لو كانت بلفظ المال والمسئلة بحالها تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه
وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت وقوله في الصحيح
احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه اضاف الى مال خاص
فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه
اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال كما في العناية
وان اوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله قيمتها اي قيمة شاة لانه لما اضافها الى المال
علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال
وتبطل وصيته لو اوصى بشاة من غنمه ولا غنم له لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان
مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وان
اوصى بشاة ولم يضف الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافتها الى
المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة و
ليس في ملكه شاة علم ان المراد المالية وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده
وهن ثلاث والفقراء والمساكين فلهن اي لامهات اولاده
ثلاثة اخماسه ولكل فريق من الفقراء والمساكين خمس عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله تعالى وعند محمد لامهات اولاده ثلاثة اسباعه ولكل فريق سبعان
والاصل ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة
لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان قال الله تعالى وان كان له اخوة فلامه
السدس فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فكان الجميع سبعة
ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
كالمفرد المحلى بالالف واللام لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن معهود قال الله تعالى
لا يحل لك النساء من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء كل شيء حي ولا يحتمل ما بينهما
فتعين الادنى وهو الواحد لتعذر ارادة الكل فصار من كل فريق واحد وامهات
الاولاد ثلاث فبلغ السهام خمسة وليس فيما قاله دلالة على ما ذكره لان المذكور
فيه نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية
تكون لامهات اولاده اللاتي يعتقن بموته او اللاتي عتقن في حياته ان لم يكن له امهات
اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حياته وامهات اولاد يعتقن بموته
فكانت الوصية للاتي يعتقن بموته لان الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن حال حياته موالي
لا امهات اولاده وانما تصرف الوصية اليهن عند عدم اولئك لعدم من يكون اولى
منهن بهذا الاسم لا يقال الوصية لمملوكه بالمال لا يجوز لان العبد لا يملك شيئا
وانما يجوز له الوصية بالعتق او برقبته لكونه عتقا فوجب ان لا يجوز لامهات اولاده
اللاتي لم يعتقن في حال حياته لانا نقول القياس انه لا يجوز الوصية لهن لانها لو جازت
لهن لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقين بالموت والعتق ينزل
عليهن وهن اماء فكذا التمليك يقع وهن اماء وهو لا يتصور الا انا اجزناه استحسانا
لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لانه
قصد تمليكهن ولا يتصور ذلك الا بالعتق فصرفت اليه تصحيحا لكلامه كذا في الزيلعي

وان اوصى

وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله اي لزيد نصفه نصف الثلث ولهم اي
للفقراء نصفه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له اي لزيد ثلثه اي ثلث الثلث
ولهم اي للفقراء ثلثاه اي ثلثا الثلث وقد بينا ماخذ كل من الفريقين فلا نعيده
وان اوصى بمائة لزيد وبمائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله اي لبكر ثلث
ما لكل من المائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباتها بين الكل لما قلنا
لاتحاد المال لانه نصيب كل واحد ثلثا مائة ولو اوصى بمائة لزيد وبخمسين
لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فلبكر نصف ما لكل منهما لانه لا يمكن تحقيق
المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد منهما بتنصيف
نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان فيأخذ بكر النصف من كل واحد من المالين
وان قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه اي مخاطب فانه يصدق الى الثلث
وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا
بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة لقوله صلى الله
عليه وسلم البينة للمدعي فيتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار نظير من قال
كل من ادعى علي شيئا فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع وجه الاستحسان
انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية
وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا في تفريغ ذمته فيجعلها
وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه
من مالي ما شاء فهذه معتبرة من الثلث فكذا هنا فيصدق الى الثلث دون الزيادة
فان اوصى مع ذلك اي مع اقراره بالدين المجهول بوصايا عزل الثلث لاصحاب الوصايا
والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة والدين مجهول فلا يزاحم المعلوم
فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين من الورثة واصحاب
الوصايا قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وعساهم
يختلفون في الفضل على الثلث اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما
في يده من غير منازعة واذا عزل ثلث لاصحاب الوصايا وثلثان للورثة يقال لكل
من اصحاب الوصايا ولكل من الورثة صدقوه اي الفلان فيما شئتم لان هذا دين
في حق المستحق بالنظر الى الاقرار وصية في حق التنفيذ لانه ينفذ من الثلث فاذا
اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤمر اصحاب
والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به
وما بقي من الثلث لهم ويؤخذ الورثة بثلثي ما اقروا به والباقي للورثة
تنفيذا للاقرار كل فريق في قدر حقه وهذا لان اقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه
وصورة المسئلة انه اذا قال اصحاب الوصايا في تصديق الدين مائة يعطون ثلث
مما في ايديهم للمقر له بالدين فان فضل شيء يكون لهم والا فلا ولو قالت الورثة الدين
ثلاثمائة فانهم يعطون للمقر له مائتان مما في ايديهم فان فضل شيء يكون لهم والا فلا
ويحلف كل من اصحاب الوصايا والورثة على العلم بدعوى المقر له الزيادة على ما اقروا
لانه يحلف على العلم على فعل الغير قال الفاضل الزيلعي قال العبد الضعيف
الراجي عفو ربه الكريم هنا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم
ان يصدقوه في اكثر من الثلث وهنا الزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا
على تقدير ان يكون الوصايا يستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقهم
يقول الفقير ما ذكره حق بعد ... وقد خطر ببال الفقير هنا بحث اخر توضيحه انهم اذا اخذوا بثلث ما
اقروا به فربما يستغرق هذا ما في ايديهم من الثلث فلا يبقى لهم شيء وكذا الورثة اذا اخذوا بثلثي ما
اقروا به فربما يستغرق هذا ما في ايديهم من الثلثين فلا يبقى لهم شيء ايضا على ما فهم من تصوير المسئلة

بحصته

الثلث انتهى

فيجب ان لا يلزمهم تصديقهم فيما زاد على الثلث تأمل في جوابه ح

وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبي فللاجنبي نصفها اي نصف العين ولا شي للوارث
لانه اوصى بما يملكه وبما لا يملكه فصح فيما يملكه وبطل في الآخر بخلاف ما لو اوصى
لحي وميت حيث يكون الكل للحي لا للميت لان الميت ليس باهل الوصية فلا يصلح
مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا على هذا
اذا اوصى للقاتل وللاجنبي حيث يكون للاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية القاتل
وان اوصى لكل من ثلاثة بثوب آخر يقول الفقير ولو قال بثياب كما وقع في سائر
الكتب لكان اظهر في المقصود واسلم من التكلف في ارجاع قوله وهي الى الثياب
الدال عليه لفظ ثوب متفاوتة جيد ووسط ورديء فضاع ثوب منها اي من هذه الثياب
ولم يدر ايها اي الثياب هو اي الضايع والورثة تقول لكل من الثلاثة هلك حقك
بطلت الوصية يعني اذا اوصى لكل من ثلاثة انفس بثياب متفاوتة جيد ورديء
ووسط فضاع منها ثوب ولا يدري اي من الثياب ضاع والوارث يقول
لكل منهم هلك حقك بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع القضاء
وتحصيل غرض الموصي فتبطل كما اذا اوصى لاحد الرجلين وكذا تبطل اذا
قال الوارث لكل واحد منهم هلك حق احدكم ولا ادري من هو فلا ادفع اليكم
شيئا كذا في الزيلعي فان سلموا ما بقي من الثياب زال المانع وهو الجحود
فلذي الجيد ثلثا جيدهما ولذي الرديء ثلثا رديهما ولذي الوسط ثلث كل منهما
اي من الجيد والرديء لان الثوبين انما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه وهو
ان ياخذ كل واحد منهم ثلثي الثوب وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد
اذ لا حق له في الرديء بيقين لكن يحتمل ان يكون حقه في الجيد منهما بان يكون هو
الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضايع بان يكون الضايع هو الاجود فكان
تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون فيه حقه اولى وانما تعين حق صاحب الرديء
في الرديء منهما اذ لا حق له في الجيد بيقين ولكن يحتمل ان يكون حقه في الرديء
وان يكون هو الرديء الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضايع بان يكون هو
الاردأ فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون فيه حقه اولى وانما تعين
حق صاحب الوسط في ثلث كل من الثوب لان صاحب الجيد لما اخذ ثلثي
الجيد وصاحب الرديء ثلثي الرديء لم يبق له الا ثلث كل واحد منهما فتعين
حقه في ذلك كذا في الكافي وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة
يعني اذا كانت دار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت معين منها لرجل قسمت
الدار فان خرج ذلك البيت في نصيب الموصي فهو اي البيت للموصى له
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له اي للموصى له نصفه اي نصف البيت
والا اي وان لم يخرج البيت في نصيب الموصي فله اي للموصى له قدر ذرعه
اي ذرع البيت عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له قدر نصف ذرعه
لانه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي
على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة
كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي
تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت
لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها
اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا يتعلق الوصية
لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بين في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة

ولما

ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك ينتفع به
من كل وجه وعلى الكمال وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد
استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية في جميعه ومعنى المبادلة
في القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه
ولا يبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت
كما لو باع الموصى به فعلى اعتبار الافراز صار كان البيت ملكه من الابتداء
وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي
لانه عوضه ولان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن
غير انا نقول يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير
والتمليك اي تمليك البيت بعينه واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير
او نقول انه اراد التقدير على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه
واراد التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد ان يكون للكلام الواحد
جهتان باعتبارين الا ترى ان من علق عتق الولد وطلاق امرأة باول ولد تلده
امة يتقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق ثم اذا وقع البيت في نصيب
غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة
على عشرة اسهم عند محمد تسعة منها للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف
البيت وهو خمسة اذرع وهم بنصف الدار سوى نصف البيت الذي صار له وهو
خمسة واربعون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فيصير عشرة اسهم وعندهما يقسم
على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة اذرع وهم
بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر سهما للموصى له سهمان ولهم تسعة اسهم
فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم
للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما في عشرة اذرع بقي حق الورثة
في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين وحق الموصى له في خمسة
تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في اربعين فيعتبر
زعم كل فريق في حقه فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر كذا في الهداية و
شروحها مثل العناية والنهاية قال الفاضل الزيلعي وعندهما يقسم على خمسة اسهم
لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة اذرع وهم بنصيبه كله الا البيت
الموصى به وهو اربعون ذراعا فيجعل كل عشرة اذرع سهما فيصير المجموع خمسة اسهم
سهم للموصى له واربعة لهم انتهى يقول الفقير ما ذكره الفاضل الزيلعي انسب لظاهر
الدليل تدبر والاقرار كالوصية يعني الاقرار ببيت معين من دار مشتركة
مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع
في نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر ذرعه وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه ان وقع
في نصيب المقر وقدر نصف ذرعه ان وقع في نصيب الغير وقيل لا خلاف فيه
اي في الاقرار لمحمد بل هو معهما فيه وهو اي عدم الخلاف فيه لمحمد المختار كذا في الرمز
شرح الكنز والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى من اقر بملك الغير لغيره
ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم
مات لا ينفذ فيه الوصية وان اوصى بالف عين اي بعينها من مال غيره فلربها اي رب الالف
الاجازة بعد موت الموصي اي له الاجازة والمنع بعد الاجازة لانه متبرع بمال الغير فيتوقف
على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كذا في البرهان
بخلاف الورثة لو اجازوا ما زاد على الثلث يعني اذا اوصى رجل بما زاد على الثلث
فاجازها الورثة حيث لا يكون لهم ان يمتنعوا من التسليم لان الوصية في نفسها صحيحة
وانما امتنعت لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي وكذا لو اجاز

٣

وان اقر احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه بالثلث فعليه دفع ثلث نصيبه يعني
اذا اقتسم الابنان تركة ابيهما وهي الف درهم مثلا ثم اقر احدهما لرجل ان اباهما
اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس
ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث تضمن اقراره بمساواته
اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ
ثالث لنا وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في جميع التركة وهي في ايديهما فيكون
مقرا له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد اخيه فيقبل اقراره في حق نفسه لولايته على نفسه
ولا يقبل في حق اخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده ولانه لو اخذ منه نصف ما
في يده ادى الى محظور وهو ان الابن الآخر ربما يقر به فياخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف
التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهذا خلف بخلاف ما اذا اقر احدهما بالدين على
حيث ياخذ صاحب الدين المقر جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه ولا شيء للمقر
ان لم يفضل منه شيء لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه
ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك للورثة فلا ياخذ شيئا الا ان يسلم
للوارث ضعف ذلك ولانه ما اقر بالمساواة بل اقر له بثلث التركة وانما جعلت
المساواة باتفاق الحال وهو كون الوارث ابنين ولهذا لو لم يكن للمقر اخ
فاقر بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة والمساواة
حالة الانفراد ايضا وبخلاف ما اذا اقر باخ ثالث وكذبه اخوه حيث يكون
ما في يد المقر بينهما نصفين لانه اقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده
ساواه ايضا فيكون ما اخذه المنكر هالكا عليهما كذا في الزيلعي
يقول الفقير مسئلة اقرار احدهما بالدين على الخلاف كما ذكر في الفصول العمادية انه
اذا ادعى رجل دينا على ميت فاقر احد بنيه قال الفقيه ابو الليث الاختيار عندي
ان يؤخذ منه ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والبصري وابن ابي ليلى وسفيان
الثوري وغيرهم ممن تابعهم وهذا القول ابعد من الضرر وحكى عن الشيخ يؤخذ
من حصته المقر جميع الدين وذكر شمس الائمة الحلواني قال شيخنا هاهنا زيادة
شيء لا يشترط في الكتب وهو ان يقضي القاضي عليه باقراره اذ بمجرد اقراره
لا يحل الدين في نصيبه بل يحل بقضاء القاضي عليه ويظهر ذلك المسئلة ذكرت
في الزيادات وهي ان احد الورثة اذا اقر بالدين ثم شهد هو ورجل ان الدين
كان على الميت فانها تقبل ويسمع شهادة المقر فلو كان الدين يحل في نصيبه بمجرد
اقراره لزم ان لا تقبل شهادته لما فيه من الغرم قال صاحب الزيادات وينبغي
ان يحفظ هذه الزيادة فان فيها فائدة عظيمة انتهى ما في الفصول العمادية
وان اوصى بامة لرجل فولدت بعد موته اي موت الموصي فهما اي العامل
الامة وولدها للموصى له ان خرجا من الثلث لان الام دخلت في الوصية
اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة و
التركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى تقضي بها ديونه وتنفذ منها وصاياه
دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له والا اي وان لم يخرجا من الثلث
اخذ الموصى له الثلث منها اي من الام ثم اخذ منه اي من الولد يعني ياخذ
الموصى له ما يخص الثلث من الام اولا فان فضل شيء ياخذه من الولد عند ابي حنيفة
وعندهما ياخذ منهما معا اي من الام والولد على السواء لان الولد دخل في الوصية تبعا
حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير
تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل ولو نفذنا الوصية
فيهما جميعا ينتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز

باب العتق في المرض

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره
عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل العبرة لحال التصرف في التصرف المنجز وهو الذي
اوجب حكمه في الحال كما اذا نجز وهبتك فان كان التصرف المنجز في الصحة
فمن كل المال وان كان في مرض الموت فمن ثلثه والمراد التصرف الذي هو انشاء و
يكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين في المرض ينفذ من كل المال والنكاح في المرض
المهر فيه يكون من كل المال والتصرف المضاف الى الموت وهو ما اوجب حكمه
بعد موته كانت حر بعد موتي او هذا لزيد بعد موتي يعتبر من الثلث وان كان
هذا التصرف في الصحة اذ المعتبر حالة العقد بل حالة الموت ومرض صح
صحة منه اي من المرض كالصحة لان حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله الا في
مرض موته وبالبرء منه يتبين انه ليس بمرض موت فلا يكون حق لاحد في ماله
والتحرير في مرض الموت والمحاباة وهي ان يبيع عبدا قيمته مائتان بمائة
مثلا والكفالة والهبة وصية في اعتباره اي في اعتبار كل واحد منها
من الثلث فيضرب به مع اصحاب الوصايا اي ياخذ من الثلث شيئا بحكم ماله
من الوصية وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة والغرماء بماله في
تهم في بعضها كالهبة والمحاباة فان اعتق وحابى وضاق الثلث عنهما
اي عن الاعتاق والمحاباة فالمحاباة اولى ان قدمت المحاباة وصورته
ما اذا باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما
يصرف الثلث الى المحاباة ويسعى العبد في قيمته وهما اي الاعتاق والمحاباة
سواء ان اخرت المحاباة يعني لو اعتق العبد الذي قيمته مائة ثم باع الذي
قيمته مائتان بمائة ولا مال له سواهما يقسم الثلث وهو مائة بينهما نصفين
فالعبد المعتق يعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة
ياخذ العبد الآخر بمائة وخمسين وهذا عند ابي حنيفة لان المحاباة اقوى لانها في
ضمن عقد المعاوضة فاذا وجدت اولا رفعت الاضعف وان وجد الاعتاق
اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة فيستويان وان اعتق بين محاباتين
يعني اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث فنصف الثلث للاولى
اي للمحاباة الاولى ونصف الثلث بين العتق والمحاباة الاخيرة لان
العتق مقدم على الاخيرة فيستويان قال صاحب الهداية اذا حابى ثم اعتق
ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة
الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان
قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية
والمحاباة الثانية متساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية
للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة
والجواب ان الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك
عرف في موضعه انتهى يقول الفقير ان شرط انتاج قياس المساواة
ان يصدق المقدمة الاجنبية وهنا صادقة وهي ان المساوي للمساوي
للشيء مساو لذلك الشيء وهذا ظاهر في موضعه فيعود المحذور
اللهم الا ان يقال ان مساواة المحاباة الاولى للثانية من جهة
ومساواة الثانية للعتق المتقدم من جهة اخرى فيندفع المحذور فتدبر

وان حابى بين عتقين يعني لو اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف الثلث للمحاباة ونصف
الثلث للعتقين يعني يقسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق
قسم بينه وبين العتق الثاني وهذا جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما العتق اولى في الجميع
لانه لا يلحقه الفسخ بوجه من الوجوه بخلاف المحاباة فانه يلحقها الفسخ ولا معتبر
بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت لان زمان النفوذ بعد الموت والكل
يتفرق معا الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا
وصل ام فصل ولا عبرة للبداية فان قلت اين ذهب قولك فيما سيأتي عن قريب
ان شاء الله تعالى وان اجتمعت وصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها
وان تساوت بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث فعلم بهذا ان تقديم الموصي
اعتبارا عند تساوي القوة وههنا ايضا العتق والمحاباة يستويان في القوة
فانه لو كان للعتق رجحان من حيث انه لا يلحقه الفسخ فللمحاباة ايضا رجحان
من حيث انها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فيستويان فلما استويا وجب
ان يبدأ بما قدمه الموصي عند تساوي الوصايا في القوة انما هو في الوصايا التي
هي حقوق الله تعالى كالنوافل المختلفة مثل الحج النفل والصدقة النافلة
وعتق نسمة بغير عينها لان المستحق واحد واما في حقوق العباد فالوصايا كلها
مستوية فلا اعتبار لتقديم الموصي على ما ذكرنا انه لو اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان
ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل ام فصل ولا اعتبار لتقديم الموصي والذي نحن
فيه من قبيل حقوق العباد على ما ذكر فيجب ان لا يكون لتقديم الموصي اعتبار هنا
كله مما اشار اليه في الاسرار وذكر في المبسوط وانما يبدأ بما بدأ به الموصي اذا كان
المستحق واحدا واما اذا كان لمستحقين فلا كما لو اوصى بثلثه
لانسان ثم اوصى بثلثه لآخر كذا في النهاية
وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية عند ابي حنيفة رح
وعندهما يعتق عنه عبد بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا
على الوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى
باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة
هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل كما اذا اوصى لرجل بمائة درهم فهلك بعضها
يدفع اليه الباقي وقيل هذه المسألة مبنية على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق
حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق
وعنده حق العبد حتى لا تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا
البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل الى انكاره ولو اوصى بان يشترى
بثلث ماله وهو الف عبد فيعتق عنه فاذا هو اقل من ذلك فالوصية باطلة
قيل هنا قول ابي حنيفة رح وقيل هنا قول الكل والفرق لهما ان الوصية هنا وقع الشك
في صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسألة المتن لانها كانت صحيحة فلا تبطل الا
كذا في الزيلعي ولو كان مكان العتق حج يحج بما بقي اجماعا ووجهه
قد علم في اثناء تقرير المسألة الاولى ودليل الطرفين وتبطل الوصية بعتق عبده
اي باعتاقه لو جنى العبد بعد موت سيده فدفع بها اي بالجناية لان الدفع قد صح لان حق
ولي الجناية مقدم على حق الموصي وكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي
وملك الموصي باق الى ان يدفع بها حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لان الملك
ملك الميت فيه باق بعد الجناية وانما يزول ملك الموصي بالدفع فاذا خرج بالدفع عن ملكه بطلت
كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته بالدين وان فدي يعني لو اعطى الورثة الفداء لولي الجناية
بمقابلة فلا تبطل الوصية لانهم كانوا متبرعين بالفداء وجازت الوصية لانه طهر عن الجناية فصار

كما هو في سائر الوصايا قلت ويجب تقديم ما قدمه الموصي

شك

كأنه لم يجن

ولو اوصى لزيد

ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في الصحة اي في صحة الموصي
وادعى الوارث عتقه في المرض اي في مرض موت الموصي فالقول للوارث يعني اذا اوصى
بثلث ماله لزيد وله عبد فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا لكن قال
الموصى له اعتقه في الصحة لئلا يكون وصية تنفذ من الثلث وقال الوارث اعتقه في
المرض ليكون وصية فالقول قول الوارث ولا شيء لزيد الا ان يفضل الثلث عن قيمته
او يبرهن زيد على دعواه وهي عتقه في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال
والوارث ينكر استحقاق ثلث ماله غير العبد لان العتق في المرض وصية والعتق
في المرض مقدم على غيره من الوصايا فكان منكرا لاستحقاقه والقول قول المنكر مع يمينه
ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر
شاهدا للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين ولا شيء لزيد الا ان يفضل من الثلث
شيء من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك او يقيم له البينة ان العتق وقع في الصحة
فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة
والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا العبد اما عند ابي حنيفة رح فظ لان العتق
حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه واما عندهما فلان العتق
فيه حق العبد وان كان حقا لله تعالى فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف
وفيه حق المقذوف فيكون خصما بذلك وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى
واسترداد المال حق العبد فلا بد من خصومته حتى يقطع يد السارق
وان ادعى رجل على الميت دينا وادعى العبد اعتاقه في صحته ولا مال له غيره وصدقهما
الوارث سعى العبد في قيمته وتدفع القيمة الى الغريم عند ابي حنيفة رح وعندهما يعتق
العبد ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث
في كلام واحد فصارا كانهما وجدا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية
وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر
اقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار
كما اقر المورث نفسه بان ادعى عليه رجل دينا وعبده عتقا في صحته فقال في مرضه
صدقتما فانه يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا هنا وقضية الدفع ان يبطل العتق
في المرض اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب
السعاية عليه ولان الدين اسبق فانه لا مانع له من الاستناد فيستند
الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في
حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك الف درهم
فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر هذا الالف كان لي عنده
وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء كذا في الهداية
وقال صاحب النهاية ذكر فخر الاسلام والكيساني الوديعة اقوى عندهما
لا عنده على عكس ما ذكر في الهداية حيث قال فخر الاسلام رجل قال للوارث
هذه الالف كانت وديعة لي عند ابيك وقال الآخر لي على ابيك الف درهم
فالوارث اذا قال صدقتما كانت الوديعة اولى عندهما وذكر في المنظومة
في كتاب الاقرار من باب ابي حنيفة رح ما يوافق ما ذكره فخر الاسلام والكيساني
حيث قال لو ترك الفا وهنا يدعي دينا وذاك قال كان عندنا مودعي
والابن قد صدق هذين معا اسبق بالاعطا من اودعا
وجه قولهما ان الوديعة تثبت في عين الالف والدين يثبت في
الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة اسبق فكان صاحبها
كما اذا كان المورث حيا فقال صدقتما ٥

وان اجتمعت وصايا وضاق الثلث عنها قدمت الفرائض كالحج والزكاة والكفارات
وان اخرت في الذكر لان الفرض اهم من النفل والظاهر منه البداية بالاهم
فان تساوت يقول الفقير الظ وان تساوت بالواو يعني في الفرضية بان يكون
جميعها فرضا او غيرها بان يكون جميعها نفلا قدم ما قدمه الموصي لان الظ
من حال الموصي ان يبتدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظ كالثابت نصا فصار
كانه نص على تقديمه باعتبار حاله وقيل ان تساوت في الفرضية يقدم الزكاة على الحج
وهو ما ذكره الطحاوي واحدى الروايتين عن ابي يوسف وجه الرواية الاولى انهما وان
استويا في الفرضية فالزكاة تتعلق بها حق العبد فكانت اولى ووجه الاخرى ان الحج
يقوم بالمال والنفس والزكاة بالمال فقط فكان الحج اقوى ويقدم الحج والزكاة
على الكفارات في القتل والظهار واليمين لمزيتهما عليها في القوة
لانه قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب
والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم الى قوله فتكوى بها جباههم
وجنوبهم وظهورهم وقال الله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان
قوله ومن لم يحج ترك الحج وقال صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء
مات يهوديا وان شاء نصرانيا وان شاء مجوسيا الى غير ذلك من النصوص والاخبار
الواردة فيهما كذا في النهاية ويقدم الكفارات على صدقة الفطر
لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر ويقدم صدقة الفطر على الاضحية
للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم الاقوى
فالاقوى حتى يقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها اقوى واكثر تغليظا منها
الا يرى ان الاسلام شرط في التحرير عنها دونهما ثم يقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار
لانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار تجب بايجاب حرمة على
نفسه فكانت كفارة اليمين اغلظ واقوى وان اوصى بحجة الاسلام احجوا اي
الورثة عنه اي عن الموصي رجلا من بلده يحج ذلك الرجل عنه راكبا لان الواجب
عليه ان يحج من بلده فيجب الاحجاج عنه كما وجب لان الوصية لاداء ما هو
الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب
الاحجاج عنه على الوجه الذي لزمه هكذا ذكر في الكتب يقول الفقير
في التقريب بحث نتبعه ان وفت النفقة للاحجاج من بلده راكبا
والا اي وان لم يف النفقة له فمن حيث تفي النفقة والقياس انه لا يحج
على تقديرهم وفاء النفقة له لانه اوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك
الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها
ما امكن ولا يمكن على هذا الوجه فيكون على وجه يمكن وهو اولى من ابطالها وان خرج
حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده عند ابي ح وعندهما فمن
من حيث مات استحسانا لان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة
بقدره وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله الآية
ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبتدأ من ذلك المكان
وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررناه
وعمله قد انقطع بالموت لقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم
ينقطع بموته الحديث والمراد به ما يتعلق به احكام الاخرة من الثواب
ثم هذا الخلاف فيمن له وطن واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن الغير في الطريق حيث يحج عنه
ثانيا من وطنه عند ابي ح وعندهما من حيث مات

واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح
وقيل بالعكس يعني يقدم الحج على
الزكاة وهو قول محمد رح م

باب الوصية للاقارب وغيرهم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

انما اخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية لقوم مخصوصين
وفيما تقدم ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم جار الانسان
ملاصقه عند ابي ح رح وهو القياس لانه مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا
حمل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الجار احق بسقبه قال صاحب المغرب السقب القرب
والصاد لغة وهما مصدر سقبت الدار وصقبت والصاقب القريب ومنه
حديث علي كرم الله وجهه حمله على الصقب ابي القريبين ومعنى الحديث الجار
بسقبه يعني الجار احق بالشفعة اذا كان جارا ملاصقا والجار بمعنى صلة احق
لا للتسبيب واريد بالسقب الساقب على معنى ذي السقب او تسمية
بالمصدر او وصفه به ومنه قولهم داري سقبت دارك اي قريبة وروي في
حديث عمرو بن الشريد رض انه صلى الله عليه وسلم لما قال الجار احق بسقبه قيل ما سقبه
قال شفعته وهذا يشهد لصحة ما ذكرت انتهى ما في المغرب ولانه لما تعذر
صرفه الى الجميع الا ترى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الاراضي وجار القرية وجب
صرفه الى اخص الخصوص وهو الملاصق وعندهما جار الانسان من يسكن محلته
ويجمعهم مسجدها وهذا استحسان ووجهه ان الكل يسمون جارا عرفا
وشرعا قال صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره
النبي صلى الله عليه وسلم بكل من يسمع النداء ولان المقصود من الوصية
للجيران ان يبرهم ويحسن اليهم وهو ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد
من اختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال
الشافعي الجار الى اربعين دارا من كل جانب لقوله صلى الله عليه وسلم
وحق الجار اربعون دارا هكذا وهكذا واشار الى الجوانب الاربعة قلنا
هذا ضعيف قد طعن في راويه كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع
ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي
لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم
يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف
المكاتب لان استحقاقه بما في يده والاختصاص ثبت له ولا يملك المولى الا
بالتمليك منه الا يرى انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن
والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التي
لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا مطلقا
واصهاره من هو ذو رحم محرم من امرأته يعني لو اوصى باصهاره فالوصية لكل
ذي رحم محرم من امرأته لما روي انه صلى الله عليه وسلم لما تزوج بصفية رضي الله عنها
اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي
صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رحمهما الله تعالى وفي الصحاح
الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وقال الفراء في قوله تعالى فجعله نسبا
وصهرا النسب الذي لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال
واشباههن من القرابة التي يحل تزوجها وعن ابن عباس رضي الله عنهما خلاف ذلك
فانه قال حرم الله تعالى من النسب سبعا ومن الصهر سبعا بقوله حرمت عليكم امهاتكم
الى قوله وبنات الاخت ومن امهاتكم اللاتي ارضعنكم الى قوله وان تجمعوا بين الاختين قال
صاحب المغرب بعد ذكر ما نقل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال الازهري وهذا هو الصحيح
لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في اللغة ثم نقل من النهايات كلاما ان شئت فراجع

وختنه من هو زوج ذات رحم محرم منه يعني لو اوصى لختنه فالوصية لمن هو زوج
ذات رحم محرم منه كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات لان الكل
يسمى ختنا وكذا كل ذي رحم محرم من ازواجهن لانهم يسمون اختانا وقيل هذا في
عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي في ذلك اي في الصهر والختن
الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل واقاربه واقرباؤه
وذوو قرابته وارحامه وذوو ارحامه انسابه الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه
قال صاحب الهداية اقاربه واقرباؤه وذوو قرابته وانسابه محرماه فصاعدا
من ذوي رحمه الاقرب فالاقرب ولا يدخل فيه اي في كل من هذه الالفاظ الوالدان
والولد اذ لا يطلق عليها اسم القريب ومن سمى والده قريبا كان عاقا فلا
لان القريب في عرف اهل اللغة من يتقرب اليه بواسطة الغير وتقرب الوالد والولد
بنفسهما لا بغيرهما ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية
للوالدين والاقربين والعطف للمغايرة ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما وكذا لا يطلق
عليها الارحام وذوو الارحام واما الانساب ففي عمومه دخول الاب فيها اشكال
وفي الجد روايتان عن الامام رض وكذا في ولد الولد روايتان وانما اعتبر الاقربية لان
الوصية اخت الميراث وهي تعتبر في الميراث فكذا فيها وانما اعتبر المحرمية لان المقصود
من الوصية صلة القريب فيختص بها من يستحق الصلة من قرابته ويستوي فيه الصغير
والكبير والحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر وان لم يكن له ذو رحم
محرم منه بطلت الوصية عند ابي حنيفة لما مر من اشتراط المحرمية ويكون للاثنين
فصاعدا لانها اخت الميراث والجمع المذكور في الميراث اثنان فكذا في الوصية
وعندهما من ينسب اليه من قبل الاب او الام الى اقصى اب له في الاسلام بان اسلم
او ادرك الاسلام وان لم يسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف
تظهر في مثل ابي طالب وعلي كرم الله وجهه اذا وقعت الوصية لاقرباء واحد من
اولاد علي فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفه الى اولاد ابي طالب ومن شرط اسلامه
صرفه الى اولاد علي لا غيره ولا يدخل فيها اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك
الاسلام ويستوي فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم
لهما ان الاسم يتناول الكل لان لفظ القريب حقيقة للكل اذ هو مشتق
من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف حقيقة
ولابي حنيفة ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في اخته لان الاخت
لا تخالف الاخت في الاحكام ثم انه فرع على المذهبين قوله فعن له عمان وخالان الوصية لعميه
يعني لو اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالموصى به لعميه عند ابي حنيفة لانهما اقرب كما في الارث
وعندهما الموصى به لكل من العمين والخالين على السوية فيقسم بينها ارباعا لانهما لا يعتبران
الاقربية بل القرابة ومن له عم وخالان نصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه لان اللفظ جمع
فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيضم الى العم خالان
ليصير جمعا فياخذ هو النصف لانه اقرب ويأخذان النصف لعدم ما يتقدم عليهما فيه
بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لان لفظه مفرد فيحرز الواحد
جميع الوصية اذ هو الاقرب وان له عم واحد فقط فنصفها اي نصف الوصية له اي للعم لانه لا بد من
اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه اثنان
فيكون لكل واحد منهما النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الاخر يرد الى الورثة
وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السوية لان قرابتهما مستوية ومعنى الجمع قد
والعمة وان لم تكن وارثة مع العم فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا ولا يستحق الاخوال
لانهما اقرب ولا خال ولا خالة لانضمام الى العم لكما انضما بهما وهذا كله عند ابي حنيفة وعندهما الوصية لكل على السوية لما عرف

واهل الرجل

[حاشية:] مطلب تعريف الختن

[حاشية:] يعني اذا اوصى لاقاربه واقربائه او ذوي قرابته او ارحامه او ذوي ارحامه او انسابه يكون للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه

[حاشية:] مطلب من سمى والده قريبا يكون عاقا

[حاشية:] ومثل التسمية ابنه اخا ليدل على اصغر سنه كما سمعت عن بعض النسوان انه قالت لولده اخي ويقول الولد لها اختي ولا يتفطن ان ذلك تسمية قبيحة وتزوجه حجاز

[حاشية:] تدبر

واهل الرجل زوجته عند ابي حنيفة يعني لو اوصى لاهل فلان فهي على زوجته وعندهما اهل الرجل
من يعولهم وتضمهم نفقته يعني اهل الرجل من كان في عياله وتفقته عندهما اعتبارا للعرف
وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين وقال الله تعالى فنجيناه واهله
الا امرأته والمراد من كان في عياله ولابي حنيفة ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد
بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار باهله اي بزوجته بنت شعيب عليه السلام ومنه
قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة كذا في الهداية والزيلعي وفيه
في الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطبه في سياق الآية بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة
لا تخاطب بذلك وجوابه في العناية وآله اهل بيته يعني لو اوصى لآل فلان
فهي لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من
قبل ابائه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد والعبد والذكر والانثى والمسلم
والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات ولا اولاد الاخوات
ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون الى ابيه وانما ينسبون الى ابائهم فكانوا
من جنس اخر ومن اهل بيت اخر لان النسب يعتبر من الاباء وابوه وجده من
اهل بيته لان الاب يعد من اهل البيت وكذا الجد واهل نسبه من ينسب
اليه من جهة الاب لان النسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من
جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه
فصار كآله بخلاف القرابة حيث تكون من جانب الاب ومن جانب الام
والوصية مبتدأ لبني فلان وهو اب والحال ان فلانا ابو صلب للذكور خبر
خاصة ولا يدخل الاناث وهو قول ابي حنيفة آخرا لان حقيقة الاسم للذكور وانتظام
الاناث تجوز والكلام لحقيقته وعندهما وهو رواية عن الامام يدخل فيه الاناث ايضا
اي كالذكور لانه متى اختلط الذكور والاناث فخطاب الرجال يعم الجميع
والوصية لورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة
آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث وهذا لان التنصيص على الاسم
المشتق يدل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق فكانت هي العلة الا ترى
ان الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها
حتى وجب النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية ان يموت الموصي لورثته
قبل موت الموصى حتى يعرف انه وارثه من هو حي لو مات الموصى قبل موت الموصي
لورثته بطلت الوصية بخلاف ما اذا اوصى لولده ولو كان مع الورثة موصى له آخر قسم بينهم
وبينه على عدد الرؤوس ثم ما اصاب الورثة يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين كذا في
ولو اوصى لولد فلان فللذكر والانثى على السواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ ما
يقتضي التفضيل فيكون الوصية بين اولاده على السواء قال صاحب الاختيار والولد اسم جنس
ذكرا كان او انثى واحدا او اكثر ويدخل فيه الحمل لانه ولد حتى يرث ولا يدخل فيه اولاد الابن عند وجوده
لان الولد حقيقة يتناول ولد الصلب فلو كان له بنات صلبية وبنو ابن فالوصية للبنات عملا بالحقيقة
ويدخلون اي اولاد الابن عند عدمهم اي عدم اولاد الصلب لان اسم الولد ينتظم اولاد الصلب حقيقة
فلما تعذرت الحقيقة صير الى المجاز دون اولاد البنت فانهم لا يدخلون مطلقا وروى الخصاف
وذكر في السير الكبير انه اذا اخذ امانا لنفسه وولده لم يدخل فيه اولاد البنات وجه رواية الخصاف
ان الولد ينسب الى ابويه حقيقة وينسب الى جده مجازا فاذا نسب الى جده اي ابي الاب
بانه ابنه فكذلك ينسب الى ابي امه وان عيسى عليه السلام يقال له ابن آدم ولا ينسب اليه
وجه الظاهر ان اولاد البنات منسوبة الى ابيهم قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا
بنوهن ابناء الرجال الاباعد واذا نسبوا الى ابائهم لم ينسبوا الى ابي الام خلافه
ويمايل عليه قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم ولو كان ولد البنت ينسب اليه لكان عليه السلام

[حاشية:] الزيلعي

[حاشية:] وجمع اولاد الصلب

[حاشية:] وولد الولد مجازا

[حاشية:] عن محمد انهم يدخلون

[حاشية:] الا من جهة امه

[حاشية:] في الوصية

[حاشية:] ابا الحسن والحسين رضي الله عنهما

وان اوصى لبنى فلان وهو ان فلان ابو قبيلة كبنى تميم مثلاً لا يحصون ففى الوصية
باطلة لانه ليس يمكن تصحيح فى حق الكل للجهالة المتفاحشة فيتعذر العرف اليهم فيبطل
الوصية وان اوصى لايتامهم اى ايتام بنى فلان او عميانهم او زمناهم جمع زمن
او ارامل(؟)هم فللغنى والفقير منهم والذكر والانثى منهم ان كانوا يحصون
لانه امكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك والارامل جمع ارملة قال
صاحب المغرب الارملة المراة التى مات زوجها وهى فقيرة وجمعها ارامل
قال الليث ولا يقال شيخ ارمل الا ان يشاء شاعر فى تمليح كلامه كقول جرير
هذى الارامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذكر
وفى التهذيب يقال للفقير الذى لا يقدر على شىء من رجل او امراة ارمل ولا يقال
التى لا زوج لها وهى موسرة ارملة قال ابن السكيت الارامل المساكين من الرجال
والنساء ويقال جاءت ارامل وان لم يكن فيهن نساء ومن ثم يقال للذكر ارمل اذا
كان لا امراة له وقال القتيبى كذلك وقال ابن الانبارى سميت ارملة لذهاب
زادها وفقدها كاسبها من قول العرب ارمل الرجل اذا ذهب زاده قال
ولا يقال له اذا ماتت امراته ارمل الا فى شذوذ لان الرجل لا يذهب زاده بموت امراته اذا
لم تكن قيمة عليه وروى فى المحيط انه فيمن اوصى لارامل انه يعطى للرجال الذين ماتت ازواجهم
لانه يقال رجل ارمل وقال وهذا مثل الوصية للجوارى لا يعطى منها الغلمان ووصية
الغلمان لا يعطى منها الجوارى وان كان يقال للجارية غلامة انتهى ما فى المغرب
وقال صاحب العناية الارمل هو الذى لا يقدر على شىء رجلا كان او امراة من ارمل
اذا افتقر ومن الناس من يقول الارمل فى النساء خاصة والمرادهنا الاول
حيث قال صاحب الهداية ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبى انتهى
وللفقراء منهم خاصة ان كانوا لا يحصون لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة
ورد الجوعة وهذه الاسامى يعنى الايتام والزمنى والعميان والارامل تشعر بتحقق الحاجة فيحمل على
وحد الاحصاء عند ابى يوسف ان لا يحتاج فى الاحصاء الى الكتاب والحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون
وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى راى القاضى
يقول الفقير فات من المصنف صورة فى هذا المقام ولا بد من ذكرها وهى ما اذا اوصى لبنى فلان
وهو ابو قبيلة يحصون ما يكون حكمها وقد ذكرها صاحب الاختيار حيث قال والاصل فيه ان كل
وصية يحصى عدد اهلها فهى جائزة وهى بينهم بالسوية على عدد رؤوسهم الذكر والانثى
ويدخل فيها الغنى والفقير لان الحق يجوز اثباته للمعين من بنى ادم فان التسليم اليه ممكن ولا دلالة
على التخصيص فصحت الوصية وان كان لا يحصى عددهم فعلى ثلاثة اوجه احدها ان يكون
الوصية لا يدخل فيها غنى كقوله لفقراء بنى تميم او مساكينهم فالوصية صحيحة ويكون الوصية
لمن قدر عليه منهم لان الوصية وقعت لله تعالى والفقراء مصارفها والثانى ان يكون لفظ الوصية
يقع للفقير والغنى ولا يخص احدهما فهى باطلة كقوله لبنى تميم لانه لا يمكن تنفيذها لجميع بنى تميم
لانهم لا يحصون ولا يمكن تنفيذها للبعض لانه ليس بأولى من البعض الاخر فبطلت بخلاف الوجه الاول
الوجه الثالث ان يكون اللفظ بحيث يتناول الفقير والغنى لكن قد استعمل اللفظ فى ذوى الحاجة
كقوله ليتامى بنى تميم او عميانهم او زمناهم او اراملهم فان كانوا يحصون فالاسم يقع على الفقير
ويكون الوصية لهما لانهم معينون يمكن التسليم اليهم فيجب اللفظ على اطلاقه
وان كانوا لا يحصون كانت للفقراء منهم لان هذا اللفظ يذكر ويراد به
غالبا اهل الحاجة فان الله تعالى ذكر اليتامى فى اية الخمس واراد الفقراء
منهم فوجب تخصيص الوصية وحملها على اهل الحاجة منهم لان القربة والثواب فيهم
اكثر وهو المقصود غالبا ويستوى فيها الذكر والانثى لان الاستحقاق
بالعقد لا تفضيل فيه للذكر على الانثى كالاستحقاق بالبيع انتهى ما فى الاختيار

وان اوصى لمواليه فهى اى الوصية لمن اعتقهم الضمير المستتر فيه راجع الى ما يرجع اليه
ضمير مواليه وضمير الجمع البارز راجع الى من باعتبار معناه فى الصحة او المرض
يقول الفقير هكذا فى النسخ التى رايناها لكن الظاهر الواو بدل او على ما فى الهداية وغيره تتبع
ولاولادهم اى اولاد المعتقين من الرجال والنساء واعتاقه قبل الوصية او بعد هؤلاء
لان الوصية تتعلق بالموت وكل واحد من هؤلاء يثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية
لوجود الصفة فيه واولادهم ايضا منسوبون اليه بالولاء فيدخلون والمدبرون وامهات الاولاد
وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم بحيث لا يلحقه الفسخ
فنسبوا له الولاء كالمعتقين ووجه الظاهر ان الوصية تستحق بالموت وهو لا يعتقون
عقيب الموت فيثبت الولاء بعد فحال نفوذ الوصية لم يكونوا موالى فلا يدخلون
ولو قال لعبده ان اضربك فانت حر فمات قبل ضربه دخل فى الوصية لانه يعتق
عند عجزه عن الضرب وذلك فى اخر جزء من اجزاء حياته فيستحق له الولاء فيدخل
ولا يدخل فيها موالى الموالاة لان ولاء العتاقة بالعتق وولاء الموالاة بالعقد فهما
معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد ومولى العتاقة الزم فيحمل عليه
بخلاف الاولاد لانهم ينسبون اليه بواسطة ابائهم بولاء واحد ولا يدخل فيها
موالى الموالى الا عند عدمهم لانهم من المعتقين حقيقة فهم بمنزلة ولد الولد مع
فان الموالى حقيقة الذين اوقع عليهم العتق وموالى الموالى ينسبون اليه مجازا فلم
فلا يتناولهم الاسم الا عند عدم الموالى حقيقة كما مر فى ولد الولد مع وجود الولد
وان كان له مولى واحد وموالى مواليه فالنصف لمولاه والباقى للورثة
لما بينا ان اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا فيستحق الواحد النصف
ويسقط موالى الموالى لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز فيرد الباقى الى الورثة
وتبطل الوصية لمواليه ان كان له اى للموصى معتقون بكسر التاء ومعتقون بفتح
لان اسم الموالى يتناولهما ومعناهما مختلفان لان احدهما منعم والاخر منعم عليه
لان الاسم المشترك لا ينتظم المعنيين المختلفين فى حالة واحدة فى موضع الاثبات
بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى
وقال الشافعى فى بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وهو رواية عن ابى يوسف لكن على ان
بل على ان لفظ المولى يطلق على الاعلى والاسفل تواطؤا كالاخوة على بنى الاعيان
وبنى العلات وبنى الاخياف لكنه ليس بشىء لان معنى الاخوة فى الجميع واحد وهو اشتمال
صلب الاب او الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل
فكانه فى احدهما بمعنى الفاعل وفى الاخر بمعنى المفعول ثم العرق(؟) بين موضع الاثبات
والنفى اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا على ان لا عموم للمشترك لا فى النفى ولا
واجابوا عن مسئلة الحلف بان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى
بل لان الحامل على اليمين البغض لفلان وهو غير مختلف فيصير بذلك كالشىء الواحد
فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك ولكن حكمه التوقف فكيف قال وتبطل
اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لا يفيد
فان قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن وهو ان يصرف الوصية الى المولى الذى اعتقه
لان شكر المنعم على المنعم عليه واجب واما فضل الانعام فى حق المنعم عليه فمندوب
والصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المذهب عن ابى يوسف
ولهذا المعنى اجيب بانها معارضة بجهة اخرى وهى ان العرف جار بوصية
ثلث المال للفقراء والغالب فى المولى الاسفل الفقر وفى الاعلى الغناء
والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كذا فى العناية واقل الجمع اثنان فى الوصايا
كما فى المواريث لما بينا ان الوصايا اخت المواريث

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا ويصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره وبغلتهما اي وبغلة عبده وبغلة داره مدة معينة كسنة وسنين وابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل كما في الاجارة وبغير بدل كما في الاعارة لحاجته فكذا بعد الممات لحاجته ايضا كما في الاعيان لان الموت لا يزيل الحاجة ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى لو مات الموصى له يرد الى ورثة الموصي وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى وهو الحاجة يشملهما فان خرج ذلك المذكور من رقبة العبد ورقبة الدار من الثلث سلم الى الموصى له لخدمته وليسكن الموصى له فيها لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة والا اي وان لم يخرج من الثلث قسمت الدار عينها اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار لان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار ظاهرا بان ظهر للميت مال اخر ويخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن ابي يوسف لهم ذلك لانه خالص ملكهم والظاهر الاول والمعنى ما بينا ويتهايا الورثة والموصى له في العبد يخدمهم يومين اي الورثة ويخدمه يوما اي الموصى له لان حقهم في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمته اجزاء لانه لا يتجزى فتعين المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الدار لانه يمكن قسمتها اجزاء على ما بينا فاذا مات الموصى له ردت الوصية من العبد او الدار الى ورثة الموصي لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جائز وان مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت ومن اوصى بغلة الدار او العبد لا يجوز له اي للموصى له السكنى في الدار والاستخدام في العبد في الاصح لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها والسكنى والاستخدام استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم اداؤه من المنافع بعد استيفائها بعينها وقوله في الاصح احتراز عما قال بعضهم يجوز السكنى والاستخدام لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود وهو الانتفاع بالعبد والدار ولا يجوز لمن اوصى له بالخدمة في العبد والسكنى في الدار ان يوجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حال الحياة على اصلنا .

ولا يملك

ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل فكذا هنا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل وان اوصى له بثمرة بستانه فمات الموصي وفيه اي في البستان ثمرة فله اي للموصى له هذه اي الثمرة الموجودة فقط لا ما يحدث بعدها وان زاد ابدا يعني اوصى له بثمر بستانه ابدا فله اي للموصى له هي اي الثمرة الموجودة وما يستقبل وان اوصى له بغلة بستانه فله الموجودة وما يستقبل . وحاصله انه اذا اوصى بالغلة استحقها دائما وبالثمرة لا يستحق الا الموجود القائمة الا اذا زاد ابدا فح يصير كالغلة فيستحقه دائما . والفرق بينهما ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه اسم لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا . واما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه ومن غلة داره فاذا اطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى . واما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجودة فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد وان اوصى لرجل بصوف غنمه او لبنها او اولادها فله اي للموصى له ما يوجد من ذلك المذكور من الصوف او اللبن او الاولاد عند موته فقط ولا يستحق ما يحدث بعد موته سواء قال ابدا او لم يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليهما كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع واما الصوف المعدوم والولد المعدوم واللبن المعدوم لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا فلا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذلك الوصية قال الفاضل الزيلعي ثم مسائل هذا الباب على ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد او لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن ومنها ما يقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة . انتهى

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة فلان هذه بمنزلة الوقف عنده اذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة يكون موروثا بعد موته لكونه غير لازم فهنا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا تصح وان كان قربة في معتقدهم قال الفاضل الزيلعي يرد اشكال على قول ابي حنيفة وهو ان هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمي فيها كذلك لانهم عندنا يتركون وما يعتقدون وجوابه ان المسجد محرز من حقوق الناس وخالص لله تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها باقيا .

ولو اوصى به اي بجعل داره بيعة او كنيسة لقوم مسمين جمع مسمى واصله مسميين قلبت الياء الاولى الفا لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت الالف لالتقاء الساكنين كما في قوله تعالى لمن المصطفين الاخيار جاز من الثلث اتفاقا لان في الوصية معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وامكن تصحيحها على اعتبار المعنيين معنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك لان للذمي ولاية التمليك واذا صار ملكا للقوم صنعوا به ما شاؤا وكذا يجوز في غير المسمين اي لقوم غير محصورين عند ابي حنيفة خلافا لهما لان هذه في الحقيقة معصية وان كانت في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو اوصوا بالحج لا تنفذ وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فلذلك اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صحت وان كانت عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى واما في المصر فلا تجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك في الامصار ثم الفرق لابي حنيفة بين بنائها وبين الوصية بها ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك الباني بان يصير البناء محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى على ما بينا فتورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير ان ثبوت مقتضى الوصية وهو زوال الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاها فيزول ملكه فلا تورث وحاصل الكلام ان وصايا الذمي ثلاثة اقسام منها ما هو جائز بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او جعل الثلث للفقراء او عتق الرقبة لانه وصية بما هو قربة عندنا وفي معتقدهم ايضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق فهو ما اذا اوصى بما ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات او اوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او ببناء المسجد للمسلمين او ان يسرج في مساجدهم لانه معصية عندهم الا ان تكون لقوم باعيانهم فتصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه فعند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز بالاجماع كذا في الزيلعي

وتصح وصية مستامن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم او ذمي لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله لاجل الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان ورثته معه في دار الاسلام لا يجوز باكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمي وان اوصى ببعضه اي ببعض ماله ثم مات فرد الباقي من ماله الى ورثته في دار الحرب فان قلت كيف يرد الباقي الى ورثته في دار الحرب وقد قلت ليس لهم حق مرعي لكونهم في دار الحرب قلنا ان ذلك الرد على الورثة مراعاة لحق المستامن لا مراعاة لحق الورثة لان من جملة حقوقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن حاجته بخلاف ما اذا اوصى بكل ماله لانه اسقط حقه وتصح الوصية له اي للمستامن ما دام في دارنا من مسلم او ذمي لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف وصية المسلم والذمي للحربي المستامن لا تجوز لانه في دار الحرب حكما اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام في دارنا على السنة الا بالجزية

مطلب وصايا الذمي ثلاثة اقسام
جائز بط مختلف

باعتبار

وصاحب الهوى يعني متبع هوى نفسه ميلا الى البدع ان لم يكفر بهواه من اهل الكفر اي لم يحكم بكفره بهواه اي بسبب هواه فهو كالمسلم في الوصية لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر والا اي وان لم يكن كذلك بل حكم بكفره بسبب هواه كطائفة من صاحب الهوى يقولون لعلي الاله الاكبر وبعضهم يقولون الاله الاصغر وبعضهم يقذفون عائشة رضي الله عنها على خلاف الآيات القرآنية النازلة في براءتها ونزاهتها فكالمرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين الامام وصاحبيه والمرتدة لو ارتدت الى اليهودية او النصرانية او المجوسية والعياذ بالله تعالى ثم اوصى ببعض هذه الوصايا فعلى قول ابي حنيفة يتوقف ما يصح من المسلم من وصاياه ويبطل ما لا يصح من المسلم من وصاياه وعندهما تصرفاته نافذة للحال فيصح منه ما يصح من القوم الذين انتقل اليهم حتى لو اوصى بما هو قربة عندهم ومعصية عندنا وكان لقوم غير معينين لا يصح عندهما ويصح عنده وعلى هذا القياس وصية الذمي تعتبر من الثلث ولا تصح لوارثه اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات وتجوز وصية الكافر الذمي من غير ملته كوصية النصراني لليهودي مثلا اعتبارا بالارث اذ الكفر ملة واحدة ولا تجوز وصية الذمي لحربي في دار الحرب لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب الوصايا يشتمل عليهما لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل فقبل في وجهه ورد في غيبته لا يرتد لان الموصي مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده ويبقى وصيا على ما كان بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه او ببيع ماله حيث يرده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه كذا في الهداية قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان في الوكيل بشراء شيء بعينه فقال والوكيل بشراء شيء بعينه اذا اخرج نفسه عن الوكالة لا يملك الا بمحضر من الموكل ثم العجب من الامام قاضيخان انه ذكر في شرح الجامع الصغير هنا ما يوافق رواية الهداية وان رد في وجهه اي وجه الموصي يرتد لانه ليس للموصي ولاية الزام التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو مخير بين القبول وعدمه لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا وان باع الوصي شيئا من التركة قبل الرد فيصير بيعه التزاما كقبول الوصية نصا لانه دلالة الالتزام فصار قبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وان باع غيره اي غير الوصي بالايصاء بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ولا يكون البيع من غير علم قبولا لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة واما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم ان يخبره واحد من اهل التمييز فان رد الوصي الوصاية بعد موت الموصي ثم قبل صح ان لم ينفذ قاض رده ولم يخرجه عن الوصاية حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصي في ابقاء الوصية مجبور بالثواب

باب الوصي

انتهى

فيدفع الضرر الاول وهو اعلى واولى لان ضرر الميت غير مجبور لكن القاضي
اذا نصب هو يخرجه عن الوصاية بعجزه لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه عن الوصاية
بعد قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله لانه نصب ناظرا فاذا رأى
غيره اصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية
فيتعذر فيه دفع الضرر عن الجانبين ولو قال اقبل بعد ما اخرجه القاضي
لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضي اياه
وان اوصى الميت الى عبد او كافر او فاسق اخرجه القاضي ونصب غيره مكانه
ذكر القدوري ان القاضي يخرجهم من الوصاية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة لان الاخراج
يكون بعد الدخول وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل في
وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر
باطلة ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت
لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من اصلنا
وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه
وتمكنه من الحجر بعد الاجازة والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام
الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصاية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر
وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه
وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بالحفظ والصيانة
وبالخيانة يرتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وان اوصى الى عبده
اي عبد نفسه فان كان كل الورثة صغارا صح الايصاء عند ابي حنيفة
ولا يصح عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة
وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها
ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع وله انه مخاطب
مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار
وان كانوا ملاكا لكن ليس لهم المنع من التصرف ولا بيعه فلا منافاة وايصاء المولى
يؤذن بكونه ناظرا لهم بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار او الايصاء الى عبد الغير لانه لا يستبد
بالتصرف اذا كان للمولى منعه وان كان فيهم كبير بطل الايصاء الى العبد عنده اجماعا
لان الكبير ان يمنع العبد من التصرف او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري عن التصرف
فيعجز عن الوفاء بحق الوصية فلا يفيد فائدة ولو كان الوصي عاجزا عن القيام
بالوصية اي بامور الوصايا ضم القاضي اليه اي الى العاجز غيره لان في الضم رعاية الحقين
في حق الموصي بابقاء الاول وصيا تصحيحا لتصرفه وحق الورثة بضم الآخر اليه لانه
لا يتم النظر الا باعانة غيره ولو شكا الوصي الى القاضي عجزه لا يجيبه حتى
يعرف حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي
عجزه مطلقا اسعا ضم اليه غيره او لا يضم استبدل به غيره للنظر من الجانبين
وان كان الوصي قادرا على القيام بامور الوصاية امينا خبيرا بعد خبرة ليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره لكان دونه لما انه مختار الميت
ومرضيه فابقاؤه اولى الى بقاؤه اولى لانه يتقدم على ابي الميت مع وفور شفقته
فاولى ان يتقدم على غيره وان شكا الورثة كلهم او بعضهم منه
اي من ذلك الوصي ما لم يظهر منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه
اذا ظهر الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من
النظر ابقاؤه بعد فواتها ولو كان الوصي حيا وظهر منه الخيانة لاخرجه فينوب القاضي
منابه عند عجزه عن الاخراج بالموت ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له

اي الورثة

الوصاية

مطلب نصب الوصي المختار على ابي الميت

وان اوصى الى اثنين

وان اوصى الى اثنين لا ينفرد احدهما بالتصرف في مال الميت وان تصرف فهو باطل
عند ابي حنيفة ومحمد الا في اشياء معدودة اشار اليها المص بقوله الا بشراء كفن وتجهيزه
لانه لا يبتني على الولاية وربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد
الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وخصومة في حقه لانهما لا يجتمعان عليه
ولو اجتمعا لا يتكلم الا احدهما غالبا على انهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضي كلام كل
واحد منهما للتشويش واختلاط كلام احدهما بالآخر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين
ايضا وقضاء دين وطلبه اي طلب الدين لان كل واحد منهما ليس من باب الولاية
وانما هو من باب الاعانة فلا يحتاج الى اجتماع رأيهما وشراء حاجة الطفل لانه
يخاف هلاكه من الجوع والعري ففي انفراد احدهما بذلك احياء للطفل
ولهذا يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية ورد وديعة معينة وتنفيذ
وصية معينة واعتاق عبد معين لعدم الاحتياج في كل منه الى اجتماع رأيهما
بخلاف رد وديعة غير معينة وتنفيذ وصية غير معينة واعتاق عبد غير معين للاحتياج
الى الرأي في الكل ورد مغصوب يقول الفقير اطلقه ولم يقيدوه بمعين لكن ينبغي
وجه الاطلاق ولا بين بياء ليت شعري لم تركوه ورد مشترى شراء فاسدا لعدم
الاحتياج في كل منها الى اجتماع رأيهما ايضا وجمع اموال ضايعة وحفظ المال
لان في التاخير خيفة الفوات والضياع فكان في كل منهما ضرورة لا تخفى
وبيع ما يخاف تلفه لان فيه ضرورة لا تخفى ايضا وعند ابي يوسف يجوز الانفراد
اي انفراد احد الوصيين بالتصرف مطلقا ولا يختص الانفراد بالاشياء المعدودة
لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد
منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الولاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت
الولاية على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان ثابتا له بوصف الكمال
فيثبت لكل منهما على وصف الكمال ايضا ولهما ان الولاية تثبت بتفويض الموصي اليهما
فيراعى وصف التفويض وهو الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأي الواحد لا يكون
كرأي المثنى ولم يرض الموصي الا بالمثنى بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب هناك
القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى
لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب على الولي انكاحها وهنا حق التصرف للوصي
ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الوليين اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الوصيين
استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظير الاول ايفاء دين عليهما ونظير الثاني استيفاء
دين لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثناء لانها
من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ثم قيل
الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد
واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا اوصى
اليهما معا بعقد واحد فلا ينفرد احدهما واما اذا اوصى الى كل واحد منهما
بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني قال ابو الليث
وهو الاصح وبه ناخذ وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف
وقال في المبسوط وهو الاصح كذا في شرح الزيلعي فان مات احد
الوصيين اقام القاضي غيره مقامه ان لم يوص الميت الى الآخر اما عندهما
فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت
والورثة وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف
لكن الموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن
التحقق بنصب وصي آخر مكان الوصي الميت وان اوصى

ولهذا يملكه كل من هو في عياله

ووصي الوصي وصي في التركتين يعني اذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصي في تركته
وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت الاول
فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برايه ولم يرض براي غيره
فصار كوصي الوكيل فانه يكون وصيا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد
لا يقتضي مثله الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب فكذا الوصي
ليس له ان يوصي في مال الموصي اليه ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء
الى غيره الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد
ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم
عليه الجد وينعزل هو بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية
ملك الايصاء والذي يوضح ذلك ان الولاية التي كانت للموصي تنتقل الى الجد
في النفس حتى كان له تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص وتنتقل
الى الوصي في المال ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه وكذا الوصي وهذا لان الايصاء
اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته
في التركتين ولانه لما ان ايرض براي من اوصى اليه الوصي بل وجد منه ما يدل على
لانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه يعتريه المنية صار راضيا بايصائه الى غيره
لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط فيه بخلاف الوكيل
وكذا ان اوصى الوصي الميت اليه اي الى آخر في احدهما اي في احد التركتين يعني اذا اوصى
الى آخر في تركته يكون وصيا فيهما عند ابي حنيفة لان تركة موصيه تركته لان له ولاية التصرف فيهما
خلافا لهما فانهما قالا لا يقتصر على تركته لانه نص عليها وجعله مأمورا في تركته فقط
في احدهما انه يكون وصيا في التركتين عند ابي حنيفة سواء اوصى اليه في تركته فقط او في تركة موصيه فقط
لكن المذكور في سائر الكتب انه اذا اوصى في تركته فقط يكون وصيا فيهما ولم يذكروا اذا اوصى في تركة موصيه
ثم انه يقول الفقير كتبناه اولا ثم تتبعنا الكتب التي عندنا فوجدنا ما خطر ببالنا
في تعليقات مولانا الفاضل اخي جلبي بهذه حيث قال قول المصنف او بمال موصيه يشعر بجزمه بكونه
على تقدير كونه بمال الموصي وحده بدون ذكر ماله ولم نجد فيه رواية في المعتبرات بل الموجود فيها انه
اذا جعله وصيا في مال نفسه فقط او مع مال موصيه او في مال جعلته وصيا بغير قيد ففي جميع ذلك
وما يشعره المتن ليس واحدا منها انتهى وصح قسمة الوصي نيابة عن الورثة مع الموصى له
يعني اذا مات رجل وله ورثة غيب واوصى الى زيد لبكر بثلث ماله مثلا جاز لزيد الوصي ان
يقسم تركته بين ورثته الغيب وبين الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم ما عين للموصى له
لان الورثة خلفاء الميت حتى يردون بالعيب ويرد عليهم به ويصيرون مغرورين بشراء المورث
حتى يكون الولد حرا والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الورثة اذا كانوا غيبا فيصح قسمته
فلا يرجعون على الموصى له لو هلك حظهم في يد الوصي لان الهلاك بعد تمام القسمة يكون
على من وقع الهلاك في قسمته لا مقاسمته اي لا مقاسمة الوصي معهم اي مع الورثة نيابة عن الموصى له
يعني اذا مات رجل واوصى الى زيد لبكر غائب بالثلث لا يجوز لزيد الوصي ان يقسم تركته بين الورثة
ويقبض ما عين الى الموصى له الغائب لان الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه يملكه بسبب جديد
حتى لا يرده بعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته
فيرجع الموصى له عليهم اي على الورثة بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الوصي لان القسمة لم تنفذ
عليه ثم ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فيكون له ثلث الباقي من التركة
لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة
ولا فرق في جميع ذلك بين ان يكون الورثة كبارا او صغارا لان له ولاية البيع في مال الصغير
والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار
فانه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وهي في معنى البيع فلا يجوز كذا في الزيلعي

وصحت القسمة

وصحت القسمة للقاضي لو قاسمهم عنه واخذ قسطه يعني اذا مات رجل واوصى الى
زيد لبكر الغائب بثلث ماله يجوز للقاضي ان يقسم تركته ويأخذ حظ الموصى له الغائب
لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي
نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه
فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل
وفي الوصية بحج لو قاسم الوصي الورثة فضاع عنده اي عند الوصي ما في يده حج بثلث ما
بقي يعني ان اوصى الميت بحج فقاسم الوصي مع الورثة واخذ ثلث الموصى به فضاع
في يده احج عن الميت بثلث ما بقي من التركة وكذا لو دفعه الى رجل ليحج فضاع
في يده اي المدفوع اليه قبل ان يحج يحج بثلث ما بقي يعني
هذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ان بقي من الثلث شيء اخذ والا فلا لان محل
الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها
وعند محمد لا يؤخذ شيء لان القسمة حق الوصي ولو افرز الموصي بنفسه
مالا يحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرز الذي قام مقامه
ولو باع الوصي من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز لان الوصي قائم
مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته
فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة
والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له
في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستسعاء بخلاف ما
نحن فيه وان اوصى ببيع شيء من تركته والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي
وقبض ثمنه فضاع الثمن في يده واستحق المبيع ضمنه اي ضمن الوصي الثمن للمشتري
لانه العاقد فيكون العهدة عليه لان المشتري من الوصي ما رضي ببذل الثمن
الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده
ويرجع الوصي بما ضمن في التركة لانه عامل للموصي فيرجع عليه في تركته
كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكر وقال يرجع
في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها في
محل الوصية الثلث ووجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك حكم العصمة
وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى
البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى
عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة وامينه
سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وان كانت التركة
قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما في سائر ديون الميت حيث لا يطالب
الغرماء من الورثة شيئا اذا هلكت التركة او لم يكن وفاء لكن يطالبون بقدر ما وقع
على الثاني ولو قسم الوصي التركة فاصاب الوارث الصغير منها شيء
فقبضه الوصي وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشيء رجع الوصي
في مال الصغير لانه عامل له ورجع الصغير على بقية الورثة بحصته
لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه

ولا يصح بيع الوصي مال الصغير ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس فيه لانه لا نظر
في الغبن الفاحش وتصرفه نظري بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد باب البيع والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم
بالغبن الفاحش عند ابي ح لانهم يتصرفون بحكم المالكية واهليتها والاذن فك الحجر
بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر وعندهما
لا يملكونه لان التصرف بالفاحش تبرع لا مرجع فيه وهم ليسوا من اهل التبرع
ويصحان اي بيع الوصي وشراؤه من نفسه ان كان فيه نفع وتفسيره ان يبيع
الوصي من ماله نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير او اشترى من مال اليتيم
ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه صح خلافاً لهما قياساً على الوكيل
وله قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن والتصرف المذكور داخل تحت الاستثناء
فيصح قال الفاضل الزيلعي واما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز على قول محمد
واظهر الروايات عن ابي يوسف انه لا يجوز بكل حال هذا في وصي الاب واما وصي
القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله والاب ان يشتري شيئاً من مال الصغير
لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير وقال
المتأخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصبي الا ان يكون على الميت دين
او يرغب المشتري بضعف قيمته او يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى انتهى
وله اي للوصي دفع المال اي مال اليتيم مضاربة وشركة وبضاعة لانه قائم مقام الاب
وللاب هذه التصرفات فكذا للوصي وله قبول الحوالة على الاملأ اي الاغنى من
اذ الولاية نظرية وفي الاحتيال على الاملأ من الاول نظر له لا على الاعسر
لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط
الدين اذا مات الثاني مفلساً ولا يرى رجوع الدين على الاول والحاصل انه
اذا احتال الوصي بمال اليتيم على آخر فان كان خيراً لليتيم جاز وهو ان يكون املى
اي يكون المحتال عليه اقدر على اداء الدين من المحيل الذي هو المديون الاول
وان لم يكن خيراً لليتيم بان كان الثاني افلس لا يجوز وان كانا سواء ذكر انه
لا يجوز كذا ذكره الامام المحبوبي وذكر في الذخيرة وان كان الثاني مثل الاول
في الملاءة فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قال يجوز وبعضهم قال لا يجوز
وقال صاحب النهاية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع فانه لو باع مال
اليتيم بمثل قيمته من اجنبي جاز وههنا لو قبل الحوالة على الثاني الذي هو مثل
الاول في الملاءة لا يجوز قلت الفرق هو ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي
يملك الاعتياض بمال اليتيم اذا لم يكن فيه غبن فاحش واما الحوالة فليست بمعاوضة
من كل وجه حتى يجوز الحوالة بالسلم فيه وبرأس مال السلم واذا لم تكن مبادلة من كل وجه
كانت بمنزلة الهبة بشرط العوض والوصي لا يملك الهبة من مال اليتيم بشرط
العوض عند ابي ح ومحمد واما عند ابي يوسف فيملكه فيجب ان يكون هذا
على ذلك ايضاً كذا ذكره الامام المحبوبي انتهى

ولا يجوز له اي للوصي ولا للاب الاقراض وللقاضي ذلك لان القرض تبرع ابتداء
معاوضة انتهاء فيجعل معاوضة في حق القاضي بقدرته على الاستخلاص
بواسطة الحبس وغيره وتبرعاً في حق غيره لعجزه نظراً لليتيم واحتياطاً في ماله
ويجوز للاب الاقتراض اي اخذ القرض من مال الصبي لا للوصي لان للاب
ان يأخذ من مال الصبي عند حاجة بقدرها ولا كذلك الوصي

ولا يتجر الوصي

ولا يتجر الوصي في مال الصغير لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة ووصي
الاخ او العم او الام في مال تركها ميراثاً للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب
لان الوصي قائم مقام الموصي وكان للموصي ان يتصرف في مال نفسه فكذا الوصية
ان يبيعه للحفظ بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملكه الوصي
بيعه لان الوصي قائم مقام الموصي وليس لاحد من هؤلاء التصرف في مال
الصغير فكذا الوصي بخلاف الاب او الجد اي اب الاب حيث يكون له ولاية التصرف
في مال الصغير مطلقاً من غير تقييد بما تركه ميراثاً لانه قائم مقام الموصي
وللاب والجد التصرف في جميع ماله فكذا وصيه كذا في الزيلعي
ويجوز بيعه اي بيع الوصي على الكبير الغائب غير العقار لان الاب يلي ما سوى العقار
ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الموصي غير العقار
ايضاً ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز
استحساناً فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك
الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع
ولو كان عليه ديناً باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقاً باع كله اجماعاً
وان لم يستغرق باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى اكثر من ذلك
وعند ابي ح جاز له بيع كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبت في البعض
ثبت في الكل لانها لا تتجزى ولو خيف هلاكه قيل يملك بيعه لانه تعين
حفظاً كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر ووصي الاب احق بمال الصغير
من جده وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه
حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء ينتقل ولاية الاب
اليه وكانت ولايته قائمة معنى فيقدم على الجد كالاب نفسه وهذا لان اختيار
الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه
فان لم يوص الاب الى احد فالجد كالاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه
حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لابنائه

فصل في الشهادة

قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امراً مختصاً بالوصية اخرت ذكرها
شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما ولا دعوى من زيد لا تقبل شهادتهما
لانهما يجران نفعاً لانفسهما باثبات المعين لهما فترد للتهمة فاذا رد تضم القاضي
اليهما ثالثاً لان في ضمن شهادتهما اقراراً منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما
حجة على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصارا في حقهما
بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاثة لامتناع تصرفهما بدونه فصارا كانهما
ولم يوص الى احد فيضم اليهما ثالثاً لتمكينهم من التصرف الا ان يدعي زيد اي
يدعي انه وصي معهما فتقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل
كالاول وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء كما اذا مات ولم يترك وصياً وله
ولاية ضم آخر اليهما فهما اسقطا مؤنة التعيين عن القاضي واما الوصاية فتثبت بنصب
القاضي اياه لا بشهادتهما حتى رد شهادتهما يجران نفعاً لانفسهما وكذا لو شهد ابنا الميت
ان اباهما اوصى الى زيد وهو ينكر بطلت لجرهما بشهادتهما لانفسهما نفعاً بنصب حافظ
للتركة فكانا متهمين وشهادة المتهم لا تقبل لقوله عليه السلام لا اقبل شهادة خصم
ولا ظنين اي متهم ولو ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحساناً ايضاً على ما
ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما لو شهد ان اباهما وكل هذا الرجل

ولغت شهادة الوصيين بمال الصغير يعني لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال حادث
انتقل اليه من الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما
في ذلك المال فصارا متهمين او خصمين وكذا تلغو شهادتهما للكبير في مال
انتقل اليه من الميت لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند
غيبته فصارا متهمين او خصمين ايضا وصحت شهادتهما له اي للكبير في غيره اي في
غير مال انتقل اليه من الميت لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته
لا في غيرها وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تصح شهادتهما للكبير في الوجهين
اي في مال انتقل اليه من الموصي وغيره لان ولاية التصرف لا يثبت لهما في مال الميت
اذا كانت الورثة كبارا فعريت شهادتهما عن التهمة بخلاف ما اذا كان الورثة صغارا
والحجة عليهما ما بيناه وشهادة الوصي على الميت جائزة اذ لا تهمة في تلك الشهادة
فيجوز لا له لانه يثبت لنفسه ولاية القبض فيكون متهما ولو شهد بعد العزل
عن الوصاية وان لم يخاصم لا لاحتمال انه جر لنفسه مغنما زمان وصايته فيشهد خوفا
من زوال ذلك المغنم ولو شهد رجلان لاخرين بدين الف درهم على ميت
وشهد الاخران لهما اي للشاهدين الاولين بدين الف على ميت صحتا اي الشهادتان
عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وروى بعضهم ان ابا حنيفة مع ابي يوسف
والصحيح قول محمد فقط وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن ابي حنيفة
انهم اذا جاءوا معا وشهدوا فالشهادة باطلة واما اذا شهد اثنان لاثنين
فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بالف درهم
فشهد لهما الغريمان الاولان تقبل ثم ان وجه صحة الشهادتين سواء كان ابو حنيفة
مع محمد او مع ابي يوسف ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى
فلا شركة اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما
ليس للاخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة الا يرى ان التركة
لو هلكت لا يسقط الدين وان للوارث ان يستخلص التركة بقضاء
الدين من محل اخر فلا يمكن الشركة فصار كما اذا شهد الفريقان في حال حياته
ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت
الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين
فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فتحققت التهمة بخلاف حال
حياة المديون لان الدين في ذمته لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة ووجه
رواية الحسن انهما اذا جاءا معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتحقق
التهمة فترد بخلاف ما اذا كانا على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت
به الحق بلا تهمة والثاني لا يزاحم الاول عند صحة وان صار كالاول
ولو شهد كل فريق للاخر بوصية الف لا تصح لان حق الموصى له يتعلق
بعين التركة حتى لا تبقى بعد هلاك التركة وليس للوارث ان يستخلص
التركة ويعطيه من محل اخر ولو قبض احد الفريقين شيئا كان للفريق
الاخر حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما ولو شهد احد
الفريقين للاخر بوصية جارية وشهد الفريق الاخر له بوصية عبد صحت
بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة وان شهد احد الفريقين بوصية جارية
وشهد الاخر له بوصية ثلث المال لا تصح لان الشهادة في هذه الصورة
مثبتة للشركة وكذا لو شهد الرجلان انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله
وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله يكون الشهادة باطلة
لما ان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة ايضا ش ٥

كتاب الخنثى

باب الذي لا تقبل شهادته وقد مر تفصيلا في باب الشهادة لمحرره

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود قال صاحب المغرب
وتركيب الخنثى يدل على اللين والتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه والخنثى لما
للرجال والنساء والجمع خناثى بالفتح كحبالى وحبالى انتهى ثم اعلم ان الله تعالى خلق البشر
ذكرا وانثى كما قال وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز وجل يهب لمن يشاء اناثا
ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثى
فدل ذلك على انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد فكيف يجتمعان وهما متضادان
وقد جعل علامة التمييز بينهما الا انه قد يقع الاشتباه بان يوجد الالتان ولا يوجد
التمييز فمن محاسن ذكر احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان
هو اي الخنثى من له ذكر وفرج فان بال من احدهما اعتبر به يعني ان بال من الذكر
اعتبر غلاما وان بال من الفرج اعتبر انثى لانه صلى الله عليه وسلم سئل عنه كيف يورث
فقال صلى الله عليه وسلم من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من
اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وهذا
الذي ذكر من الحكم باعتبار المبال في حكم الشرع حكم كان عليه العرب في الجاهلية ايضا
على ما حكي ان قاضيا من العرب يقال له عامر بن الظرب العدواني رفع اليه هذه الحادثة
فجعل يقول هو رجل وامراة فاستبعد قومه ذلك فتحير فدخل بيته للاستراحة
وجعل يتقلب على فراشه ولا ياخذه النوم لتحيره في هذه الحادثة وكانت له
بنية تغمز رجله فسالته عن تفكره فاخبرها بذلك فقالت دع الحال واتبع
المبال فخرج على قومه وحكى ذلك فاستحسنوا فعرفنا انه حكم كان في الجاهلية
فقرره صلى الله عليه وسلم وان بال منهما اي من الذكر والفرج اعتبر الاسبق
لانه دلالة على انه العضو الاصلي ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة
فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الاخر وان استويا في السبق
فهو مشكل لعدم المرجح ولا اعتبار بالكثرة بعد الاستواء في السبق عند ابي حنيفة
خلافا لهما فانهما يقولان ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه
عضوا اصليا وللاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة
الخروج ليس تدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الاخر
لا لانه العضو الاصلي ولان نفس الخروج دليل بنفسه والكثرة من جنسه فلا يقع بها
الترجيح وقد استقبح ابو حنيفة الترجيح بالكثرة على ما حكي عنه ان ابا يوسف
لما قال بين يديه يورث من اكثرهما بولا فقال ابو حنيفة وهل رايت قاضيا
يكيل البول بالاواقي يعني الكثرة على الحقيقة لا تعرف الا بالكيل وان كانا
يخرج منهما على السواء ولا يتفاوت بالكثرة فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح
فاذا بلغ المشكل فان ظهر بعض علامات الرجال من نبات لحية او قدرة
على الجماع او احتلام كالرجل فرجل وان ظهر بعض علامات النساء من
حيض وحبل وانكسار ثدي وهو كناية عن ظهوره غير مستو ونزول
لبن فيه وتمكن من الوطء فامراة وان لم يظهر شيء منها او تعارضت
بان يظهر فيه علامة الرجل وعلامة المراة فمشكل ايضا قال صاحب العناية
وهذا موجود فيما بين الناس وقد رايت امراة ولها لحية كلحية الرجل وكانت تحيض وتحبل
غير مستحيل لان المواضع مختلفة لما ان وصوله الى النساء بذكره ووصول الرجل اليه من جهة
الفرج وهذا مما يجمع فيه الربع والثمن على ما ذكر في بعض شروح الفرائض وعن الحسن
انه يعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المراة بواحد ش ٥

قوله محمد لا اشكال قبل البلوغ فاذا بلغ فلا اشكال
لانه لا يخلو بعد البلوغ من ان يظهر فيه علامات الرجل او علامات المرأة وما ذكروا
من التعارض بعيد نادر لا يناط به الحكم الشرعي فاذا ثبت الاشكال
فيؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين فيصلي بقناع لانه يحتمل انه
امرأة ويقف اذا وقف خلف الامام بين صفي الرجال والنساء لاحتمال
كونه امرأة فلا يتخلل بين الرجال كيلا تفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال
انه رجل فتفسد صلاته ولو وقف في صفهم اي صف الرجال يعيد صلاة
من صفه من جانبيه والعبد من يحاذيه من خلفه احتياطا لاحتمال انه امرأة
وصلاته تامة وان وقف في صفهن اعادها اي الخنثى لاحتمال انه رجل
ولا يلبس حريرا ولا حليا لاحتمال انه رجل وهما حرامان عليه ولا يلبس المخيط في احرامه
قال صاحب الهداية والفاضل الزيلعي وان احرم وهو مراهق قال ابو يوسف
لا علم لي بلباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه
وقال محمد يلبس لباس المرأة لان تركه لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل
لان لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر واشتباه امره من اعظم الاعذار
واما ترك الستر للمرأة فغير جائز في حال من الاحوال ولبس المخيط اقرب الى
الستر وهي حال المرأة على الستر كما في غير حالة الاحرام
ولا يكشف ما هو عورة منه عند رجل لاحتمال انه امرأة ولا امرأة لاحتمال انه رجل
ولا يخلو به غير محرم من رجل وامرأة للحالتين المذكورتين ولا يسافر بلا محرم
لاحتمال انه امرأة فيكون سفرا بلا محرم ولا يختنه رجل ولا امرأة بل تبتاع له
امة تختنه من ماله ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان
او انثى قال صاحب العناية في هذه نظر لانه وان كان النظر صحيحا في حق الرجل لكنه
فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها
بل لها ان تنظر من مولاتها الى ما لها ان تنظر اليه من الاجنبيات فالصواب في التعليل ان يقال
انه وان كان انثى فان نظر الجنس الى الجنس وهو اخف منه الى خلاف الجنس
وليس للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها مطلقا وان لم يكن له
مال فمن بيت المال اي يبتاع له الامام امة تختنه من بيت المال لانه اعد
لنوائب المسلمين ثم تباع الامة بعد اختتانه ويرد ثمنها في بيت المال
لوقوع الاستغناء عنها يقول الفقير وقع في خلدي ان الامة التي يشتريها
الامام من بيت المال اجنبية عنه فلم جوزوه ثم رأيت في الزيلعي انه قال
وان لم يكن له فيه ابتاع الامام من بيت المال ويدخل في ملكه بقدر الحاجة
وهي حاجة الختان فاذا ختنته يبيعها ويرد ثمنها الى بيت المال
ثم يقول الفقير لا حاجة الى هذا اذا كان الصواب في التعليل ما ذكره صاحب العناية
من ان نظر الجنس الى الجنس اخف منه الى خلاف الجنس والا فلا يفيد ادخا
في ملكه شيئا اذا لم يكن نظر المملوكة الى مواضع العورة من مولاتها حلالا تأمل
فان مات يقول الفقير الظاهر ان مات بالواو بدله قبل ظهور حاله وزوال اشكاله لا يغسل لان حل الغسل غير ثابت
بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة بل ييمم بالصعيد لتعذر
الغسل ويكفن في خمسة اثواب احتياطا لاحتمال انه انثى
ولا يحضر بعد ما راهق غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى
وندب تسجية قبره لانه ان كان انثى واجب وان كان ذكرا لا يضر التسجية

ويوضع

ويوضع الرجل مما يلي الامام ثم هو اي الخنثى ثم المرأة ان صلى عليهم جملة
يعني ان حضر ثلث جنازات احدها رجل والثاني خنثى والثالث انثى
فصلى الامام عليهم مرة واحدة يوضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى
فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل وله اي للخنثى
اخس النصيبين اي اقلهما من الميراث عند الامام يعني لو مات من كان له
الاقل من نصيب الذكور ومن نصيب الاناث عنده فينظر الى نصيبه على انه ذكر
والى نصيبه على انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شيء له
والمثال لذلك في الزيلعي ان شئت فراجعه فلو مات ابوه عنه اي عن الخنثى وعن ابن
فللابن سهمان وله سهم لانه الاقل وهو المتيقن فيستحقه وعند الشعبي له نصف
النصيبين لكن اختلف ابو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال ابو يوسف المال
بينهما على سبعة اسهم اربعة للذكر وثلاثة للخنثى فاعتبر نصيب كل واحد منهما حالة
الانفراد فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال وان كان انثى كان له نصف المال
فيأخذ نصف النصيب من نصف الكل ونصف النصف وهي الثلاثة ارباع المال
وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فيبلغ سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة
وعن هذا قال وهو اي نصف النصيبين ثلاثة من سبعة عند ابي يوسف
وان كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع
وليس للمال كل المال وثلاثة ارباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه بطريق العول والمضاربة
قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى
فيعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع ويقول لو كان الخنثى ذكرا
كان المال بينهما نصفين ولو كان انثى كان اثلاثا فالقسمة على تقدير كونه ذكرا
من اثنين وعلى تقدير انوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في
الاخر يبلغ ستة للخنثى على تقدير انه انثى سهمان وعلى تقدير انه ذكر ثلاثة
فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة في اثنين
يبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير انه ذكر واربعة على انه انثى
فيأخذ نصف النصيبين وهو خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف
الاربعة اثنان وهو اعتبر الاحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره
ايضا من الورثة الا ترى ان الابن يأخذ في هذه المسئلة سبعة لان نصيب الابن
على تقدير ان الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه انثى ثمانية فنصف النصيبين
سبعة وعن هذا قال وهو خمسة من اثني عشر عند محمد ولو كانت
معهما بنت فعند ابي يوسف يكون المسئلة من تسعة لان نصيب البنت
النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة ارباع حال انفراد
كل منهما فيجعل كل ربع سهما يبلغ تسعة وعند محمد له خمس وثمن
لانه على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه
انثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس خمسة ومخرج الثمن ثمانية
وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في الاخر فيبلغ اربعين فمنها تصح المسئلة
فللخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير
ان الخنثى انثى ربع عشرة وعلى تقدير انه ذكر الخمس وهو ثمانية فيكون
لها نصف النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر
وعلى تقدير انه انثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر
وللابن خمسان على تقدير ذكورته ستة عشر ونصف على تقدير انوثته
وهو عشرون فله نصف النصيبين ثمانية عشر يكون المجموع اربعين

وعلى هذا يخرج لو كانوا اكثر من ذلك على المذهبين فابو يوسف يجعل
لكل بنت سهمين ولكل ابن اربعة اسهم ولكل خنثى ثلاثة ولو كان من كل جنس ثلاثة
نفس ومحمد يقسم المال بينهم باعتبار الحالتين التقديرية ه
ولو قال سيده اي سيد الخنثى كل عبد لي حر او كل امة لي حرة لا يعتق ما لم يستبن امره
لان الحنث لا يثبت بالشك وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل
ولو قال بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل قوله لانه دعوى يخالف
قضية الدليل وهو كونه مشكلا ولو قال قبله اي قبل تقرر اشكاله يقبل قوله
لانه اعلم بحاله من غيره ولو اوصى رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان ذكرا وبخمسمائة
ان كان انثى فولدت خنثى اعطي الاقل ويوقف الباقي حتى يستبين امره
وعلى قياس قول الشعبي يجب له سبعمائة وخمسون نصف الوصيتين
ومن احكام الخنثى المشكل انه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج امه الا اذا تبين انه
ذكر لاحتمال انه انثى فيثبت به حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته امراة لا تتزوج
بابيه لما ذكرنا وان زوجه ابوه رجلا او امراة فلا علم لنا بنكاحه فهو موقوف
الى ان يبلغ لان الذكر يدخل في النكاح دخول المالكين والانثى تصير مملوكة بالنكاح
ولا يمكن اثبات واحد من الوصفين في حقه من غير دليل ولا وجه لابطال نكاح الولي
في حال قيام ولايته ما لم يعلم انه لم يصادف محله فيكون موقوفا الى ان يبلغ فان
ظهرت فيه علامات الرجال وقد زوجه ابوه امراة حكم بصحة النكاح من حين
عقد الاب لانه تبين ان تصرفه صادف محله وان لم يصل اليها اجل كما يؤجل
العنين وان كان تزوجه رجلا ثم ظهر علامة الرجال فقد تبين ان هذا
التصرف لم يصادف محله وكان باطلا واذا تزوج خنثى من خنثى
وهما مشكلان على ان احدهما رجل والاخر امراة لم يجز النكاح ولم يبطله حتى
يستبين امرهما لان العقد صدر من الوليين فلا نحكم ببطلانه ما لم يعلم انه لم يصادف
محله ولا نحكم بجوازه لتوهم كونهما انثيين او ذكرين او على عكس ما
قدره الوليان واذا ماتا لم يتوارثا وان قذفه رجل فلا حد لقاذفه بمنزلة
المجبوب والرتقاء اذا قذفهما رجل وهذا لان القاذف يستوجب الحد
بنسبة الرجل الى فعل يلحقه وبنسبة المراة الى التمكين من فعل الزاني ومع
اشتباه امره لا يتقرر السبب ولا يدري ان قاذفه الى اي فعل نسبه واما اذا كان
القذف بعد بلوغ الخنثى بالسن ولكن ما لم تظهر فيه علامة يستدل بها على انه
ذكر او انثى فقذف الخنثى رجلا او قذفه رجل قيل هذا والاول سواء
وذكر في المبسوط اذا قطع رجل يده او امراة قبل ان يستبين امره ق
فلا قصاص على القاطع لان حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة
والانوثة بين الرجال والنساء في الاطراف فان كان القاطع رجلا
لا يجب القصاص لاحتمال انه امراة وان كان القاطع امراة لم يجب القصاص
اذا كان هو رجلا فعند الاشتباه يتمكن فيه الشبهة ه
والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وبه فارق القصاص في النفس
فانه لا يختلف بالذكورة والانوثة سواء قتله رجل او امراة ه
ولو قطع هذا الانثى يد رجل او امراة او قتله لم يكن عليه قصاص
ولكن الدية على عاقلته لانه صغير لم يبلغ فعمده وخطاؤه سواء ولا يرث الخنثى
بولاء العتق ما لم يستبن امره كل ذلك من النهاية ه

مسائل شتى

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل منثورة او مسائل متفرقة
من داب المصنفين لتدارك ما لم يذكر ما كان يحق ذكره خصوصا اذا انتهى الكتب
كتابة الاخرس مبتدأ خبره قوله الآتي كالبيان وايماؤه بما يعرف متعلق بقوله
وايماؤه به اقراره اي اقرار الاخرس يعني ان اقراره على نوعين احدهما ما يكون ذلك
منه دلالة الانكار بان يحرك راسه عرضا مثلا والثاني ما يكون ذلك منه
دلالة الاقرار بان يحرك راسه طولا اذا كان ذلك موضوعا منه فاذا اومى
بما يكون ذلك منه دلالة الاقرار نحو تزوج متعلق بالكتابة والايماء وكذا ما عطف عليه
بقوله وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود وقصاص وحد عليه او وجب له
كالبيان خبر واذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق
باللسان يلزمه الاحكام المذكورة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وينفذ بيعه وشراؤه
الى غير ذلك من الاحكام اما الكتابة فظاهر واما الاشارة فانه يكون بيانا من القادر
فكذلك بالعاجز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان افصح العرب ومع هذا بين
بالاشارة بقوله الشهر هكذا وهكذا الحديث ولا يحد الاخرس
بقذف ولا غيره كالزنا وشرب الخمر يعني لا يكون كتابة الاخرس وايماؤه بالقذف
وكتابته وايماؤه بالاقرار بالزنا او شرب الخمر كالبيان حتى يحد لان الحدود
تندرئ بالشبهات وفي كتابته وايمائه شبهة وفي بعض النسخ لا يحد بقذف
ولا غيره ومعناه ظ وهو انه لا يكون كتابته وايماؤه بحق القذف كالبيان وكذا
لا يكون كتابته وايماؤه بحد لغير قذف كالزنا وشرب الخمر كالبيان فلا يحد ولا يحد له
ومعتقل اللسان اي الذي لم يقدر على الكلام لعارض عقال في نفسه قال
صاحب المغرب اعتقل بضم التاء يعتقل بفتح الياء وفتح القاف على بناء المفعول
اذا احتبس عن الكلام ان امتد به ذلك اي الاعتقال قال الامام التمرتاشي
وحد الامتداد فيه ان يمتد سنة وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابي حنيفة قال
ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه
لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى
كذا ذكره الامام المحبوبي كذا في النهاية وعلمت اشارته فيما
بين الناس فهو كالاخرس والا اي وان لم يمتد او لم يعلم اشارته فلا
يكون كالاخرس وقال الشافعي يجوز كتابته وايماؤه في الوجهين
لان المجوز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق بين ان يكون اصليا او
عارضيا كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لنا ان الاشارة
انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه
حتى لو امتد له ذلك وصارت له اشارات معلومة كان بمنزلة الاخرس ولانه
التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط
من جهته ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يقاس احدهما على الاخر
كذا في الزيلعي يقول الفقير دليله الثاني يجري في الوصية فقط والمدعى عام تتبع
ثم قال الزيلعي جوابا عن قياس الشافعي على التوحش في الابدة ومعناه بالسكون
وهو ما روي عن رافع بن خديج رضي الله عنه ان بعيرا من ابل الصدقة
ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم
ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك
فافعلوا بها كما فعلتم بها ثم كلوه ه

والكتابة من الغائب ليست بحجة لانه قادر على الحضور فلا يكون في كونها حجة ضرورة
بخلاف الاخرس لكن قالوا الكتابة على ثلث مراتب اما مستبين احتراز عن غير المستبين
كما سيأتي ان شاء الله تعالى من الكتابة على الهواء او الماء مرسوم اي معنون مصدر بالعنوان
وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تسطير الكتاب
وهو ان هنا المذكور من الكتابة كالنطق في الغائب والحاضر فيلزم حجة وفي زماننا الختم
شرط لكونه معتادا واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران واوراق الشجر او الكواغد
وينوي فيه لان هذا يكون لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة
الا بانضمام شي اخر اليه كالنية والاشهاد عليه واما غير مستبين كالكتابة على الهواء
والماء ولا عبرة به حيث لا يثبت به شي من الاحكام وان نوى واذا اختلطت الزكية
بميتة اقل منها اي من الزكية تحرى واكل في حالة الاختيار والا اي وان لم
يكن الميتة اقل منها بل مساوية او اكثر فلا تؤكل حالة الاختيار ولكن يتحرى
في اكلها عند الاضطرار وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار بالتحري
وان كانت الزكية اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة
لان الكلام في حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة
الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق او مغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط
اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن او الثوب بخلاف ما اذا كانت الميتة
اكثر او استويا لانه لا ضرورة فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الثياب
فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه
ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع في تحريه انه طاهر فيجوز التحري هناك
كما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الزكية والميتة لم يجوز قلت وجه الفرق
بينهما ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان
يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه
والحاصل انه يتحرى في الثياب بكل حال سواء كانت الغلبة للطاهر او للنجس او
استويا لما ذكر ان حكمها اخف الا ترى ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب
نجس فان كانت ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي في ذلك بلا خيار بالاجماع
ولا يصلي عريانا واما اذا كان اكثر من ثلاثة ارباعه نجسا او كان كله نجسا
فعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين الصلاة فيه وبين الصلاة عريانا قالا
فلما جازت الصلاة في ثوب نجس فلان يجوز بالتحري فيه حالة الاشتباه اولى
وهذا بخلاف الماء الطاهر اذا اختلط بالماء النجس الا وان كانت الغلبة
للطاهر بان كان معه ثلاثة اوان وفي الكل ماء احدها نجس والاخران طاهران
ولا يعرف الطاهر من غيره فانه يتحرى ويتوضأ لان الحكم للغالب وباعتبار الغالب
لزمه استعمال الماء الطاهر واصابته بتحريه مأمولة وان كانت الغلبة للاواني
النجسة او كانت الاواني الطاهرة والنجسة سواء فليس له ان يتحرى عندنا وعلى قول
الشافعي يتحرى ويتوضأ بما يقع تحريه انه طاهر وهذه مسئلة المسالخ سواء
والفرق بين مسئلة الثياب وبين مسئلة الاواني هو ان الضرورة لا تتحقق في الاواني
لان التيمم طهور له عند عجزه عن الماء الطاهر فلا يضطر الى استعمال التحري للوضوء
عند غلبة النجاسة او مساواتها لانه امكنه اقامة الفرض بالبدل حتى ان مسئلة الاواني
لما كان يتحقق الضرورة في الشرب عند العطش بعد الماء الطاهر جاز له ان يتحرى
للشرب لانه لما جاز له ان يشرب الماء النجس عند الضرورة فلان يجوز له التحري لاختيار
الطاهر بتحريه اولى كذا في النهاية للصدر صاحب رفع الله روحه ونور ضريحه

واذا حرق

واذا احرق رأس الشاة الملطخ بالدم وزال الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق
كالغسل لان النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شي وتصير الدم رمادا
فيطهر بالاستحالة ولهذا لو احرقت العذرة وصارت رمادا طهرت للاستحالة
كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا
تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز ولو جعل السلطان الخراج لرب
الارض جاز بخلاف العشر فانه لو جعله السلطان لرب الارض لا يجوز وهذا
عند ابي يوسف وقال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز فيهما لانهما فيء لجماعة المسلمين
ولابي يوسف ان السلطان له حق في الخراج فيصح تركه عليه صلة منه والعشر
حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه على رب الارض وعلى قول ابي
يوسف الفتوى كذا في الزيلعي ولو دفع الامام الاراضي المملوكة ليعطوا
الخراج جاز قال الفاضل الزيلعي معناه ان اصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة
الارض واداء الخراج دفع الامام الاراضي الى غيرهم بالاجرة اي يعطي الاراضي
بالقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من اجرتها ويدفع الى اصحابها وهم الملاك
لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق
المقاتلة فتعين ما ذكر فان لم يجد من يستأجرها باعها الامام لمن يقدر
على الزراعة لانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج اصلا والفوات
الى خلف كلا فوات فيفعل ما ذكرنا تحقيقا للنظر الى الجانبين وليس له ان
يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضي من ثمنها ان كان
عليهم خراج ويرد الفضل الى اصحابها ثم قيل هذا قول ابي يوسف ومحمد
لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون في الدين والنفقة واما عند
ابي حنيفة فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هنا
قول الكل والفرق لابي حنيفة بين هذا وبين سائر الديون على سائر
الديون على رواية ان هذا قول الكل ان في هذا الزام ضرر خاص لنفع العام
وازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده الا يرى انه يحجر على
الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس لدفع الضرر عن العامة
فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع الى العامة فجاز ما ذكر لدفعه ولان الخراج حق متعلق
برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون في التجارة ودين الميت في التركة
فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هنا وذكر في النوادر عن
ابي حنيفة ان اهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة
للمسلمين وان شاء دفعها الى قوم اخرين ولو نوى في قضاء رمضان ولم يعين
عن اي يوم صح ولو عن رمضانين فلا يصح في الاصح معناه لو كانت
عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عن قضاء رمضان ولم
يعين انه عن اي يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين او اكثر جاز عن يوم
واحد ولو كان عليه رمضانان فقضاهما ونوى عن رمضانين لا يصح في الاصح
ما لم يعين انه صام عن رمضان سنة كذا وكذا في قضاء الصلاة لو نوى ظهرا
عليه مثلا ولم ينو اول ظهر او اخر ظهر او ظهر يوم كذا لا يجوز
ولو نوى اول ظهر عليه او اخر ظهر عليه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت
تعين بكونه اولا او اخرا فاذا نوى اول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير اولا ايضا
فيدخل في نيته اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى الاخر وهذا مخلص من لم يعرف
الاوقات التي فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه

ظهر

ولو نوى ظهر يوم كذا جاز ايضا والاصل فيه ان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد
اداءه حتى يتبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يتادى بنية فرض اخر فلهذا وجب
التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة
ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغوا لا فائدة فيه لان التعرف اذا لم يفد في
محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلاة كلها من
قبيل المختلف حتى الظهر يوم من يومين والعصر يوم من يومين لان وقت الظهر من يوم اخر
لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك في يوم
غير الدلوك في يوم اخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر لقوله تعالى
فمن شهد منكم الشهر فليصمه والشهر واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها
فلذلك لا يحتاج الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضاء صوم يوم بعينه فصام
بنية يوم اخر او كان عليه قضاء صوم يومين او اكثر فصام ناويا عن قضاء
يومين او اكثر جاز لكن في الثاني عن يوم واحد بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين
او عن رمضان اخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما اذا نوى
ظهرين او ظهرا عن عصر او نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس
وعلى هذا اداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين في جنس واحد ولو في
الاجناس لا بد من التعيين وقال الفاضل الزيلعي وذكر في المحيط في كتاب
الكفارات نية التعيين في الصلاة لم تشرط باعتبار ان الواجب مختلف
متعدد بل باعتبار ان مراعاة الترتيب واجبة عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب
الا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت يكفيه نية الظهر
ولا يحتاج الى غيره وهذا مشكل وما ذكره اصحابنا مثل فخر الدين قاضيخان
وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى انتهى وقيل يصح
نيته عن رمضانين ونية ظهرين عليه مثلا فيهما اي في قضاء الصوم
وقضاء الصلاة ايضا اي كما يصح لو نوى قضاء رمضان ولم يعين اي يوم
وهذا قول بعض المشايخ لكن الاول اصح كما ذكره ولو ابتلع الصائم
بزاق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة والا اي وان لم يكن حبيبه
فلا يلزمه الكفارة ويجب القضاء لان البزاق يعافه الناس ويستقذر
اذا كان من غير حبيبه فصار كالعجين ونحوه مما يعافه الانفس وان كان
من حبيبه لا يعافه بل يستلذه على ما يدل عليه التجربة فصار كالخبز
الثريد ونحو ذلك مما يشتهيه الانفس كذا في الزيلعي
وقتل بعض الحاج عذر في ترك الحج لان امن الطريق شرط الوجوب عند البعض
على ما بين في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل البعض في طريق الحج
فكان عذرا فترك الحج فلا ياثم بتركه ومن قال لامرأة عند شاهدين
توزن من شدي فقالت المرأة شدم لا ينعقد النكاح بينهما
ما لم يقل قبول كردم لان قولها شدم ايجاب فلا بد من القبول لا ينعقد
وقوله ابتداء توزن من شدي وارد فيه على سبيل الاستفهام والشاورة
ولو قال لها خويشتن را زن من كردانيدي فقالت كردانيدم فقال الرجل
پذيرفتم ينعقد النكاح بينهما لان قولها كردانيدم ايجاب وقوله پذيرفتم
قبول فلا جرم ينعقد ولو قال الرجل خويشتن را ببخش مرا بزني فقالت
فقالت ها شدم لا ينعقد ما لم يقل قبول كردم ولو منعت المرأة زوجها من
الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها كانت ناشزة لانها حبست نفسها
فلا يجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها قصدا كحبسها نفسها

هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة
لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها بحق فلا يسقط نفقتها
لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف
ما اذا حبست بسبب دين عليها او غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس
من قبله وبخلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطى لانه يمكنه الوطى
كرها فلا يعد منعا ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه فلا تكون ناشزة
لانها محقة في هذا الامر اذ السكنى فيه حرام ولو قال لها اسكن بي منزلا
واريد نفس تنكح وعنده بيتا على حدة فليس لها ذلك لانه لابد ممن يخدمه فلا
منعه من ذلك ولو قال لها سه طلاق داده كير او كرده كير او داده باد
او كرده باد ان نوى الطلاق يقع والا ابطل لم ينو فلا يقع لاحتمال الوعد والايقاع
فيحتاج الى النية الا بقاع ولو قال داده است او كرده است يقع وان لم ينو
لانه لا يحتمل غير الايقاع فلا يحتاج الى النية ولو قال او كه انشايد تا قيامت
قال وي انشايد همه عمر لا يقع الطلاق الا بالنية لانه يحتمل التعيين ولو قال
داده انكار لا يقع الا بالنية ايضا لانه فارسي قوله عدي انك طالق كذا في الشعر
ولو قال لها حيله زنان كن فهو اقرار بالطلاق الثلاث للعرف
ولو قال حيله خويشتن كن فلا يكون اقرارا بالطلاق الثلاث لعدم العرف
ولو قالت له كابين ترا بخشيدم مرا چنگ بازدار فان طلقها سقط المهر
والا اي وان لم يطلقها فلا يسقط المهر للتعليق ولو قال العبد يا مالكي
او قال لامته انا عبدك لا يعتق اي لا يقع العتق في العبد ولا في الامة لانه
ليس للعتق ولا كناية عنه فلا يكون فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله
يا مولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق
لانه يمكن اثباته من جهته وقوله يا مالكي او انا عبدك حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك
للعبد او الامة على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصودا ولا
قدرة على ذلك ولا مقتضى لان شرطه ان يثبت المقتضى فيثبت في ضمنه المقتضي
وثبوت المقتضي وهو الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضي بدونه
ولو دعي الى فعل فقال المدعو من سوگند است كه اين كار نكنم فهو اقرار
باليمين بالله تعالى لا باليمين بغيره تعالى كالطلاق ونحوه حملا على الشروع
وهو اليمين بالله تعالى وان قال مرا سوگند است بطلاق كه اين كار نكنم
فاقرار بالحلف بالطلاق للتصريح وان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق
احتياطا كما في باب اليمين وكذا يكون اقرارا بالحلف بالطلاق ولو قال
مرا سوگند خانه است كه اين كار نكنم اعتبارا بالعرف ولو قال المشتري للبائع
بعد البيع بها بازده فقال البائع بدهم يكون فسخا للبيع لان قول المشتري
بازده يتضمن قوله فسخت البيع وقول البائع بدهم يتضمن قوله قبلت الفسخ
فكان فسخا من الجانبين العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما
لم يبرهن المدعي على انه في يده يعني اذا ادعى عقارا لا يكتفي في صحة الدعوى
بذكر المدعي ان العقار في يد المدعى عليه وتصديق المدعى عليه في ذلك بل
لابد من اقامة البينة على ان العقار في يد المدعى عليه حتى يصح دعواه او علم القاضي
لان يد المدعى عليه لا بد منه ليصح الدعوى عليه انه شرطها ويحتمل ان يكون في يد
غيره فباقامة البينة ينتفي تهمة المواضعة ويمكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده
بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها
بالبينة او علم القاضي كاقامة البينة في الصحيح

ولا يصح قضاء القاضي في عقار ليس في ولايته اي في ولاية ذلك القاضي لانه لا ولاية له
في ذلك المكان واذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي او بدا
لي غير ذلك القضاء او وقفت في تلبيس الشهود او ابطلت حكمي
ونحو ذلك لا يعتبر قوله والقضاء ماض نافذ ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة
مستقيمة لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينتقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه
ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الا ترى ان الشاهد اذا اتصل
بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما ذكرنا فكذا القاضي
وقال الشعبي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن
بعد الذي قضاه بخلافه ولا يرد قضاءه ولا يستانف وقال صاحب المحيط وهذا
يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول رأيه فانه
يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان صيرورة الاجتهاد
والرأي دون نزول القرآن والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضاء الذي
قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فههنا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده
في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق
ان القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا
منزلا الا انه خفي عليه فكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله عليه وسلم
حال ما قضى باجتهاده كان اجتهاده في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له
فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة كذا في الزيلعي
ومن له على اخر حق فخبأ قوما قال صاحب المغرب خبأه فاختبأ اي
فاستتر ومنه الخباء للخيمة من الصوف والمختبئ هو الذي يستتر حتى يشهد حيث لا يعلم المشهود
ثم سأله اي سأل الخصم عنه اي عن الحق الذي عليه فاقر به اي بذلك الحق وهم اي القوم
يرونه اي الغريم ويسمعونه اي يسمعون اقراره وهو اي الغريم لا يراهم صحت شهادتهم
عليه بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه والعلم هو الركن
في اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وان سمعوا كلامه
ولكن لم يروه اي الخصم فلا يصح شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان النغمة تشبه النغمة
فيحتمل ان يكون المقر غيره فلا يجوز لهم ان يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا
دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك
غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لانه يحصل العلم
في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه وقد مر مثل هذا في الشهادة على ولادة المرأة
ولو بيع عقار وبعض اقارب البائع حاضر يعلم البيع ولكن سكت لا تسمع دعواه بعده
قال الفاضل الزيلعي لم يعين القريب ههنا وفي الفتاوى لابي الليث ذكر انه لو باع عقارا وابنه او امرأته
حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه وليس ملك ابيه اتفق مشايخنا
على انه لا يسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض فحضوره عند البيع وسكوته اقرار منه
بانه ملك البائع وان لا حق له فيه فجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار
قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده
بالقريب ينفي جريان ذلك في الغريب وقال في الجامع الصغير اذا بيع متاع
انسان بين يديه وهو ينظر ثم ادعى يسمع لان سكوته يحتمل الرضا والسخط
وقال ابن ابي ليلى سكوته يكون اجازة منه بالبيع

قال صاحب الفصول العمادية

قال صاحب الفصول العمادية رجل باع عقارا وامرأته او ولده او بعض اقاربه
حاضر فسكت ولم يقل شيئا ثم ادعى على المشتري انه كان حاضرا وقت البيع
ان العقار له ففتوى مشايخ سمرقند على انه لا يسمع دعواه فجعل سكوته في
هذه الحالة كالافصاح بالاقرار لانه قطعا للاطماع الفاسدة وفتوى مشايخ
بخارى انه يسمع دعواه فينظر المفتي في ذلك فان افتى بعدم سماع الدعوى
لاشتهار المدعي بالاحتيال والتلبيس كان حسنا سدا لباب التزوير انتهى
وفرق صاحب الفتاوى البزازية بين الاجنبي والقريب حيث قال الدعوى
كما فرق الفاضل الزيلعي على ما نقلناه آنفا وقال صاحب الفصول العمادية
بعد الكلام الذي نقلناه عنه واذا رأى اجنبيا يبيع عينا من اعيان ماله فسكت
لا يصير مأذونا ببيع ذلك العين فله ان يدعي بعد انتهى ولو وهبت
امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت المرأة فطلب اقاربها المهر وقالوا كانت
الهبة في مرض موتها وقال الزوج لا بل وهبت في صحتها فالقول له اي للزوج
والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف
الى اقرب الاوقات وجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج
لان الهبة في المرض تفيد ملك ما كانت للوارث الا يرى ان المريض اذا وهب
عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان ان مات
المورث في ذلك المرض رعاية للوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر
بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه بعد موتها والزوج ينكر فالقول للمنكر
ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له ان المقر لم يكن
كاذبا فيما اقر ولست مبطلا فيما يدعي عليه عند ابي يوسف وهذا استحسان
وعندهما لا يحلف المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا
فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيه ابعد لتضرره
بذلك وجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم اذا ارادوا الاستدانة
يكتبون الصك قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه
الحالة فيحلف وبه اي بقول ابي يوسف يفتى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع
والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه
كذا في الزيلعي وذكر في مجمع الفتاوى ان البائع لو اقر بقبض الثمن ثم قال
لم اقبضه يحلف المشتري استحسانا اذ الاستيفاء بعد الاقرار وكتابة الصك
عادة وعليه الاقرار ببيع الرأي وبقبض المبيع والدين والهبة يعني لو اقر الواهب
بالهبة ثم انكر واراد استحلاف الموهوب له يحلف استحسانا وكذا لو اقر
بقبض الدين ثم قال كذبت وكذا لو اقر المشتري بقبض المبيع ثم قال لم اقبضه فله ذلك
عند ابي يوسف لا عندهما وذكر بعض المشايخ ان محل ما قلنا التفصيل رجع الى
قول ابي يوسف كذا في التسهيل والاقرار ليس سببا للملك لانه ليس بناقل
للملك الى المقر له سره ان الاقرار اخبار يحتمل الصدق فيجوز تخلف مدلوله
الوضعي عنه بخلاف الانشاء كالبيع والهبة ونحوهما لانه ايجاد معنى بلفظ يقارنه
في الوجود فيمتنع فيه التخلف وقيل سبب للملك بناء على انه اخبار ومدلوله الصدق
والكذب احتمال عقلي لا مدلول ولا مفهوم للفظ كذا في التسهيل
ولو قال الاخر وكلتك ببيع هذا الشيء فسكت المخاطب صار وكيلا لان سكوته وعدم رده الرسالة
دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين
وان قال لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت ارضي هذه وقفا فسكت
ولو قال لا اقبل بطل قال الامام الوقف لا يبطل بقوله لا اقبل لانه وقع بعد تمامه

لما بينا صح
ولا شبهة ان يكون هذا قول ابي يوسف قوله
الا عن من اصله انه بعيد وقفا بجد
وقفت على كذا في الزيلعي

ومن وكل امرأة بطلاق نفسها لا يملك عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين
وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع عن اليمين وتمليك من جهتها لان الوكيل
هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيله بخلاف الاجنبي
ولو قال لآخر وكلتك بكذا على ان متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله
ان يقول عزلتك ثم عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز العزل
عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا
ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية ولو قال وكلتك بكذا
على اني كلما عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول رجعت عن
الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع صار
وكيلا مثل ما كان ولو عزله الف مرة لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال
لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة
يحتاج الى عزل آخر لانه كلما عزله صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده
بذلك والاولى وجه وهنا لا يفيده في الحقيقة لانه انعزل كلما وكل لاجل اليمين
الثانية ويتوكل ايضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى دائما وكيلا معزولا
فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بينا كذا في الزيلعي
وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان دينا بدين يعني ان وقع الصلح
على دراهم عن دنانير او عن شيء آخر في الذمة فقبض بدل الصلح شرط قبل التفرق
لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الداين بعقد المداينة وهو محمول على
المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة صار صرفا او بيعا ودينه لا يجوز الافتراق
عن الدين بالدين لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي
والا اي وان لم يكن دينا بدين فلا يشترط قبضه قبل التفرق لان الصلح اذا وقع
على غير متعين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربوا
كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بين من قبل
ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان اي للمدعي بينة
جاز الصلح ان كان بمثل القيمة او اكثر بما يتغابن فيه وان لم يكن له
بينة او كانت غير عادلة لا يجوز الصلح لانه متى كان للمدعي بينة وكان
الصلح على مثل القيمة او اكثر بقدر ما يتغابن الناس فيه كان للصبي فيه منفعة
وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالحه يستحقه المدعي بالبينة فياخذها
ويكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعي فيتقيد بالمثل وبقدر ما
يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن للمدعي بينة او كانت غير
عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق المدعي شيئا
من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه مضرة فلا يجوز لان
الولاية نظرية وان كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيف كان
لانه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ
فكان محصلا له مالا من غير ان يخرج من ملك الصبي شيئا بمقابلته
فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل
او باقل قدر ما يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ
منه بالبينة العادلة ووصي الاب في هذا كالاب لانه قائم مقامه

٣ البينة

ومن قال لا بينة لي ثم برهن صح لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها
ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي حنيفة انه لا تقبل للتناقض
والاصح القبول وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد لانه
يحتمل انه نسي ثم ذكرت وعن ابي حنيفة ايضا انها لا تقبل للتناقض وقيل تقبل وفاقا
ان وفق كذا في الملتقط ولو قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا لا يسمع دعواه
لان المناقضة بين الاقرار والدعوى بائنة فلا يمكن التوفيق بينهما
وللامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع انسانا من طريق الجادة ان لم يضر بالمارة
لان للامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا رأى في ذلك
مصلحة كان له ان يفعل من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا رأى ان يدخل
بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل
ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فكان فيه مثله ومن صادره
السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله نفذ البيع لانه لم يكره بالبيع وانما
باع باختياره غاية الامر انه صار محتاجا الى بيعه لايفاء ما طلب منه وفي ذلك
لا يوجب الكره كالداين اذا حبس المديون فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فانه يجوز
لانه باع باختياره وانما وقع الكره بالايفاء لا في البيع ولو خوف امرأته بالضرب
حتى وهبت مهرها منه لا تصح الهبة ان قدر على الضرب لانها مكرهة على الهبة
اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تمليك الاموال ولم يوجد
ينتفي بمثله فلا يصح بخلاف ما اذا لم يقدر على الضرب اذ مجرد التخويف لا يعد
اكراها ما لم يقدر على ايقاع ما هدد به وان اكرهها على الخلع ففعلت
الخلع يقع الطلاق ولا يجب المال لان فيما يكره تنعقد ولكن ما يحتمل الفسخ
ينفسخ ان زال الاكراه وما لا يحتمل الفسخ لا ينفسخ بعده والخلع طلاق وهو لا يحتمل الفسخ
ولا يجب المال اذ الرضا شرط فيه ولو احالت انسانا بالمهر على الزوج ثم
وهبته من الزوج لا تصح الهبة لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
فصار كالراهن اذا باع المرهون او وهبه ومن اتخذ بالوعة قال صاحب القاموس
البالوعة والبلاعة والبلوعة بئر يحفر ضيق الراس يجري فيها ماء المطر ونحوه
جمعه بواليع وبلاليع انتهى فنز منها حائط جاره قال صاحب المغرب النز ما تحلب
من الارض من الماء وقد نزت الارض اذا صارت ذات نز ومنه رجل اتخذ بالوعة
فنز منها حائط جاره انتهى وطلب تحويلها اي تحويل الاتخاذ لا يجبر عليه
اي على التحويل وان سقط الحائط منه اي من النز لا يضمنه لانه تصرف في خالص
ملكه ولان هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا بوضع الحجر في
الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن ومن عمر دار زوجته
بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة اي نفقة العمارة دين له عليها لان الملك لها
وقد صح امرها بذلك فينتقل الفعل اليها فيكون كانها هي التي عمرت فتبقى
على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق لانه باذنها فيرجع عليها لصحة امرها
فصار كالمأمور بقضاء الدين وان عمر لها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متبرع
في الانفاق لا يرجع عليها لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها وقد تملكته
هي برضاه فكان متبرعا وان عمر لنفسه بلا اذنها فالعمارة له
لان الآلة التي بنى بها ملكه ولا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاها فتبقى
العمارة على ملكه لكن يكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملكها بملكه فيؤمر
بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك

اي بالقوة بان لا يكون مرضا لا بعيدت على الضرب اليمين صبيا والا شيخا كبيرا او ضعيفا من المرأة لمحرر

مطلب في اتخاذ البالوعة عند جدار الجار

يقول الفقير في صورة وهي ان يعقد لنفسه باذنها ولم يذكروها ان قلت هي الصورة الاولى قلت ليست هي لان المراد من الصورة الاولى ان يبيعها بالمهر باذنها مطلقا عن ان يكون له او لها لكن ينبغي ان يكون الجواز في هذه الصورة له والمهر لها ولا يضر بالتزويج ان طلبته هـ

ومن اخذ غريما له فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد تخلل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هرب فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد عبده فابق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكذا لو دل السارق على مال الغير فان الدال لا يجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة ومنها وكمن امسك هاربا من عدوه حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا

ومن في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الي هذا المال والا قطعت يدك او ضربتك خمسين سوطا لا يضمن لو دفع لانه مكره على الدفع فكان الضمان على المكره او على الآخذ ايهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط هكذا ذكر في الزيلعي يقول الفقير فيه بحث لان المكره هو السلطان وكذا الآخذ بشهادة قوله الي فلا معنى لقوله فكان الضمان على المكره او على الآخذ آه ولو صورت المسئلة هكذا ومن في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الي هذا والا لافعلن بك كذا فدفع لا يضمن ويكون الضمان على المكره وهو السلطان او على الآخذ وهو الذي دفع اليه المال ان كان مختارا والا فعلى المكره فقط لكان اسلم واظهر تدبر هـ ذكر قيد بالسلطان لان الاكراه لا يتحقق عند ابي حنيفة الا منه حتى لو كان الآمر غيره فدفع يضمن عنده وعندهما ان كان المكره قادرا على ايقاع ما توعد به لا يضمن والا يضمن على ما سبق في كتاب الاكراه ولو وضع في الصحراء منجلا ليصيد به حمار وحش وسمى عليه عند الوضع فجاء في الغد ووجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله لان الشرط ان يذبحه انسان او يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة والمتردية ونحوهما مما في الآية الكريمة وتقييده بالغد وقع اتفاقا حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه هـ المنجل ما يحصد به الزرع ومنه ويكره الاصطياد بالمناجيل التي تقطع عراقيب الحمار لا شباع الكسر كذا في المغرب ليصيد به حمار وحش

وكره من الشاة الحيا وهو مقصورا الفرج من ذوات الخف والظلف والسباع وفي الزفر بين الحيا مقصورا والحياء ممدودا حكاية ذكرها الوالي الشهير بصنعكه في حواشيه على المطول في علم البديع ان شئت فراجعه هـ والخصية والمثانة والذكر والغدة بالضم ما يقال له بالتركي بز بفتح الباء والمرارة والدم المسفوح لما روى الاوزاعي عن واصل بن جميلة عن مجاهد انه قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال ابو حنيفة الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما يستقذره النفس ويكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية وروي ان ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية فقال شيخ عنده سمعت ابا هريرة رضي الله عنه يقول ذكر القنفذ عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث فقال ابن عمر ان كان قاله فهو كما قال كذا في الزيلعي

ويكره

القنفذ ... [illegible] حلت ... صح

والقاضي

للقاضي ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة منصوب معطوف على مال او مجرور معطوف على الغائب ويكون اضافة مال بيانية لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون عن الاستخلاص فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة ومضت مدة النشدان ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز والقرض اولى ان يجوز ولو كانت حشفة الصبي ظاهرة بحيث من رآه ظنه مختونا ولا تقطع جلدة ذكره الا بمشقة جاز ترك ختانه وكذا شيخ اسلم وقال اهل النظر لا يطيق الختان لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة لا حاجة الى القطع وان كان توارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر فان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل ان الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع اهل بلدة على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا لعذر وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك ووقت الختان غير معلوم عند ابي حنيفة حيث قال لما سئل عنه لا ادري كذا ذكر صاحب الملتقط وقيل وقته سبع سنين وقيل لا يختن ما لم يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة وقيل اقصاه اثنا عشرة وقيل تسع سنين وقيل عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه ولم يرو عن ابي يوسف ومحمد فيه شيء وانما المشايخ اختلفوا فيه واما ختان المرأة فليس سنة وانما هو مكرمة للرجال لانه الذ في الجماع وقيل هو سنة والاصل فيه ان ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود اليه نفعه وفي الختان اقامة السنة ويعود اليه ايضا مصلحة لانه جاء في الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز الكي للمداواة وكذا يجوز ثقب اذن البنات الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغي لها ان تحتجم ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا بأس به ما لم يقرب الولادة فاذا قرب فلا تحتجم لانه يضره واما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكذا علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام والدجاج لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضربها لانه لا يفيد فيكون تعذيبا لها بلا فائدة كذا في الزيلعي ولا يجوز ان يصلى على غير الانبياء والملائكة لان في الصلاة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي زيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والتجاوز الا بطريق التبع بان يقول اللهم صل على محمد وعلى آله وصحبه ونحوه لان فيه تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم

٥

احوال الختان

واختلفوا في الترحم على النبي صلى الله عليه وسلم بان يقول اللهم ارحم محمداً قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة ولهذا يجوز ان يدعى بهذه اللفظة لغير الانبياء والملائكة عليهم السلام وهو مرحوم قطعاً فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان من اشوق العباد الى مزيد رحمة الله تعالى ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد مانع من ذلك ثم الاولى ان يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضي الله عنهم لانهم كانوا يبالغون في طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته اشد الرضاء فهؤلاء احق بالرضاء وغيرهم لا يلحق ادناهم ولو انفق ملء الارض ذهباً ولو ورد في التابعين وللعلماء الصالحين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن دونهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم وقلة اهتمامهم بالامور الدينية

ولا يجوز الاعطاء باسم النيروز والمهرجان يعني لا يجوز الاهداء باسم هذين اليومين فانه حرام بل كفر قال ابو حفص الكبير لو ان رجلاً عبد الله تعالى خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز والمهرجان فاهدى الى بعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا اهدى يوم النيروز الى مسلم آخر ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغي ان لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله او بعده كيلا يكون تشبيهاً باولئك القوم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال في الجامع رجل اشترى يوم النيروز شيئاً لم يكن يشتريه قبل ذلك ان اراد به تعظيم ذلك كما يعظمه المشركون يكفر وان اراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر

ولا بأس بلبس القلانس لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة قال صاحب القاموس والقلنسوة والقلنسية اذا فتحت ضممت السين واذا ضممت كسرتها تلبس في الرأس جمعه قلانس وقلاسي وقلنس واصله قلنسو الا انهم رفضوا الواو لانه لا يوجد اسم آخره حرف علة قبلها ضمة فصار آخره ياء مكسوراً ما قبلها فكان كقاض انتهى

وللشاب العالم ان يتقدم على الشيخ الجاهل لانه افضل منه قال الله تعالى هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم في الصلاة وهي احد اركان الاسلام وهي تالية الايمان وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم والمراد باولي الامر العلماء في اصح الاقوال والمطاع شرعاً مقدم وكيف لا يقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم السلام كما جاء به السنة وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم يقدم العلماء الشبان من الصحابة رضي الله عنهم على الشيوخ الذين دونهم في العلم وللحافظ القراءة ان يختم في اربعين يوماً لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى افلا يتدبرون القرآن ام على قلوب اقفالها وذلك يحصل بالتأني لا بالتوالي في المعاني فيقرأ للختم في اربعين يوماً كل يوم حزب ونصف او ثلثي حزب او اقل والله اعلم كذا في الزيلعي

وندب فيه وندب لبس السواد وارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر لان محمداً ذكر في السير الكبير في باب الغنائم حديثاً يدل على ان لبس السواد مستحب ومن اراد ان يجدد اللف لعمامته ينبغي له ان ينقضها كوراً كوراً فان ذلك احسن من رفعها عن الرأس والقائها في الارض دفعة واحدة على ما سبق في كتاب الكراهية

بسم ذي الجلال والاكرام

الحمد لله على الاتمام والرسول الصلاة والسلام وآله الكرام الى يوم الاتمام اما بعد فقد قرأت من كتاب الملتقى الى هنا على شيخنا المعروف بالامام بين الخواص والعوام ونفعنا الله الملك العلام ووقع الفراغ في يوم الخميس الثاني عشر من المحرم الحرام سنة اربع وخمسين وثمانية والف من الاعوام واخرنا علم الفرائض الى سائر الازمان والايام لكونه علماً مستقلاً يحتاج الى الحساب بالاقلام وتصحيح الاذهان الطلبة والاقدام على ذلك الامام الذي هو مرجع امور علماء الاعلام وفقنا الله تحصيله عليه الى سائر النعم الجسام

كتاب الفرائض

وجه تأخيره الى آخر الكتاب ظاهر لا يحتاج الى البيان وهي جمع فريضة والفرض في اللغة التقدير وهو المراد هنا وسميت فرائض لان الله تعالى قدرها بنفسه ولم يفوض تقديرها الى ملك مقرب ولا نبي مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى اقيموا الصلوة وآتوا الزكوة ولله على الناس حج البيت وانما السنة بينتها كذا في الزيلعي يقول الفقير فيه بحث ظاهر تدبر ثم اعلم ان هذا العلم من اشرف العلوم وقد جاءت النصوص بكونه اشرف وبالحث على تعليمه وتعلمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة وقال صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع ويوشك ان يختلف اثنان في الفريضة والمسئلة فلا يجدان احداً يفصل بينهما وقال صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض فانها نصف العلم مع صغر حجمه وقلة مسائله فلولا انه من اشرف العلوم لما بل الكل وهذا كالجواهر فان الشيء القليل من الجواهر وغيرها انما يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل اشرف منه ومعنى النصف اما باعتبار احوال الحياة والممات وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحياة او باعتبار اسباب الملك فانه جبري واختياري فالاول الميراث والثاني جزء من اسباب الملك يبدأ من تركة الميت والمراد من تركة الميت ما تركه الميت خالياً عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقاً بعينه كالرهن والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يتقدم على التجهيز بتجهيزه ودفنه لانه معتبر بحال الحياة فان المرء يقدم نفسه في حياته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم بتجهيزه ودفنه بلا اسراف ولا تقتير وذلك اما باعتبار العدد فتكفين الرجل باكثر من ثلاثة اثواب والمرأة في خمسة تبذير وباقل من ذلك تقتير واما باعتبار القيمة فاذا كان الميت يلبس في حياته ما قيمته عشرة مثلاً فلو كفن بما قيمته اقل او اكثر منها كان تقتيراً او تبذيراً واذا كان له ثوب يلبسه في الاعياد وآخر يلبسه بين اقرانه وثالث يلبسه في داره يكفن بالثاني لان الاول اعلى والثالث ادنى فالمتوسط هو الاولى قال بعض مشايخنا يكفن الرجل بما يلبسه في الجمع والاعياد والمرأة بما تلبسه لزيارة ابويها وكان الحسن البصري يقول يعتبر الكفن بما يلبسه في اكثر الاوقات ثم تقضى ديونه من جميع ما بقي بعد التجهيز والدفن وانما كان مؤخراً عنه لما ذكرنا انه لباسه بعد وفاته فيعتبر بلباسه في حياته وانما كان مقدماً على الوصية وان قدم ذكرها عليه في الآية لما روي عن علي كرم الله وجهه انه قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية ثم النكتة في تقديمها انها تشبه الميراث في كونها مأخوذة بلا عوض فيشق اخراجها على الورثة فكانت لذلك مظنة التفريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة الى ادائه فقدم ذكرها حثاً على ادائها وتنبيهاً على انها مثله في الوجوب لادائها والمسارعة الى الاداء ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم على الورثة اداؤها الا اذا اوصى او تبرعوا بها من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف وفعله وقد فاتت بموته فلا يتصور بقاء الواجب

تحقيقه ان الدنيا دار التكليف والاخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست جبرية
فلا يتصور بقاء الواجب لانه لا اختيار لميت بما لا يتعلق حتى يلزم به الفعل فيها وفي
العبادة جبرية حتى يجزئ بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الاجزاء الفعل او تركه ضرورة
بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نية الاداء لان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه
اخذه ويجتزئ به ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيه فعله ونية ابتلاء والله غني
عن ذلك وعن العالمين جميعا غير ان الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في اخر عمره
يضعها فيما فرط فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان اوصى قام فعل الورثة مقام
فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد الدين
لا من ثلث اصل المال وفي اكثر من الثلث لا يجوز الا بعدم الوارث او باجازة الورثة
لان ما تقدم من التكفين وقضاء الدين قد صار كل واحد منهما مصروفا في ضرورة الى
لابد منها فالباقي هو ماله الذي كان له ان يتصرف في ثلثه وايضا ربما يستغرق
ثلث الاصل جميع الباقي فيؤدي الى حرمان الورثة بالوصية ثم يقسم الباقي
من ماله بعد التجهيز والتكفين والدين والوصية بين ورثته بالكتاب والسنة والاجماع
ويستحق الارث بنسب ونكاح وولاء ولا يستحق بغيرها
ويبدأ باصحاب الفرائض وهم الذين لهم سهام مقدرة في كتاب الله تعالى او سنة رسوله
صلى الله عليه وسلم او الاجماع كما سيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى وتقديمهم على العصبة
لقوله صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت الفرائض فلاولى عصبة
وفي رواية فلاولى رجل ذكر وذلك على سبيل التاكيد كقوله تعالى تلك عشرة كاملة
ولا طائر يطير بجناحيه وايضا انما فرضت لهم تلك السهام بلا فرض لغيرهم لئلا ياخذها
من التركة ابتداء فان بقي شيء ياخذه غيرهم وايضا تقديم العصبة يوجب حرمان
اصحاب الفرائض وهو باطل قطعا ثم بالعصبات النسبية فان العصبات النسبية
اقوى من السببية يرشدك الى ذلك ان اصحاب الفروض النسبية يرد عليهم دون اصحاب
الفروض السببية اعني الزوجين ثم بالمعتق بكسر التاء وهو مولى العتاقة مذكرا
كان او مؤنثا فان من اعتق عبدا او امة كان الولاء له فيرثه به ويسمى ذلك ولاء العتاقة
والنعمة ثم عصبته اي يبدأ عند عدم المعتق بعصبته الذكور ولابد هنا
من قيد الذكور لقوله صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن
ثم الرد على الفروض النسبية بقدر حقوقهم لبقاء قرابتهم بعد اخذ فرائضهم دون ذوي
الفروض السببية فانه لا رد على الزوجين اذ لا قرابة لهما بعد اخذ فرضهما
ثم ذوي الارحام اي يبدأ عند عدم الرد لانتفاء ذوي الفروض النسبية بذوي الارحام
وهم الذين لهم قرابة وليسوا بعصبة ولا ذوي سهم وانما اخروا عن الرد لان اصحاب الفروض
النسبية اقرب الى الميت واعلى درجة منهم ثم مولى الموالاة اي عند عدم هؤلاء المذكورين
يبدأ في جميع الميراث بمولى الموالاة ان لم يوجد احد الزوجين فان وجد
يبدأ به ايضا لكن في الباقي من فرضه ومولى الموالاة شخص مجهول النسب
قال لآخر انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الاخر قبلت
فعندنا يصح هذا العقد ويصير القابل وارثا عاقلا واذا كان الاخر ايضا
مجهول النسب وقال للاول مثل ذلك وقبله ورث كل منهما صاحبه وعقل عنه
وباقي البحث قد مر في كتاب الولاء وانما اخر مولى الموالاة عن ذوي الارحام لان قرابتهم دون
ثم المقر له بنسب بحيث لم يثبت نسبه باقراره من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره يعني
هذا المقر له مؤخر في الارث عن مولى الموالاة ومقدم على الموصى له بجميع المال واعتبر فيه
قيود الاول ان يكون الاقرار بنسب من المقر متضمنا لاقراره بنسب على غيره
كما اذا اقر بمجهول النسب بانه اخوه فانه يتضمن اقراره على ابيه بانه ابنه

الثاني

الثاني ان يكون ذلك الاقرار بحيث لم يثبت نسبه من ذلك الغير كما اذا لم يصدقه ابوه في ذلك
الثالث ان يموت المقر على اقراره وفوائد القيود اما الاول فلان اقراره بمجهول نسبه منه اذا لم يتضمن
تحميل نسبه منه على غيره واشتمل على شرائط صحته مثل ان يولد مثله لمثله والحرية والبلوغ والعقل ونحو
ويصدق المقر له اوجب ثبوت نسبه منه واندرج فيما ذكر من الورثة النسبية كما اذا اقر بانه ابنه
واما الثاني فلانه اذا صدقه ابوه في ذلك النسب ثبت باقراره على هذا الوجه نسبه ايضا
وكان المجهول اخا للمقر وكذا الحال اذا اقر بانه عمه وصدقه في ذلك جده فانه يكون عما له مندرجا فيما مضى
واما الثالث فلانه اذا رجع المقر عن ذلك الاقرار لا يعتد به قطعا فلا يثبت به ارثه اصلا
واذا اجتمعت هذه الصفات في المقر له صار عندنا وارثا في المرتبة المذكورة وفي تلك المرتبة
في هذه الصورة كان مقرا بشيئين النسب واستحقاق الارث بالمال لا ارث لكن اقراره بالنسب
لانه يحمل نسبه على غيره والاقرار على الغير دعوى لا تسمع ولكن يبقى اقراره صحيحا لانه لا يملك
الى غيره اذا لم يكن له وارث معروف ثم الموصى له باكثر من الثلث يعني اذا فقد من تقدم ذكره
يبدأ بمن اوصى له باكثر من الثلث فيكمل له وصيته لان منعه عما زاد على الثلث كان لاجل الورثة
فاذا لم يوجد منهم احد فله عندنا ما عين له كملا وانما اخر عن المقر له بناء على ان له نوع قرابة
ثم بيت المال يعني اذا لم يوجد احد من المذكورين توضع التركة في بيت المال لانه لا يترك
مالا ضائعا فتصير لجميع المسلمين فتوضع هناك وليس ذلك بطريق الارث لانه يعطي منه ذلك
لمن ولد بعد موت صاحبه ويعطي منه لاولاد المسلمين مع وجود ابائهم ولا ينتقل نصيب من
كان موجودا عند موت من يوضع ماله في بيت المال ثم مات الى ورثته ولو كان الوضع
فيه بطريق الارث لما كان كذلك وعند الشافعي ان بيت المال ان كان منتظما يقدم
على ذوي الارحام والرد وان لم ينتظم رد اولا على ذوي الفروض النسبية بنسبة فروضهم
ثم يصرف الى ذوي الارحام ولا ميراث عندهم اصلا لمولى الموالاة ولا للمقر له بالنسب
ولا للموصى له بجميع المال كذا ذكر الفاضل الشريف في شرح الفرائض ويمنع الارث الرق
وافرا كان كالقن او ناقصا كالمكاتب والمدبر وام الولد وذلك لان الرقيق مطلقا لا يملك
بسائر اسباب الملك فلا يملك ايضا بالارث ولان جميع ما في يده من المال فهو لمولاه فلو
ورثناه من اقربائه لوقع الملك لسيده فيكون توريثا للاجنبي بلا سبب وانه باطل اجماعا
والقتل بحكمه باقسامه وما يمنع الارث منها وما لا يمنع واختلاف الملتين
فلا يرث الكافر من المسلم اجماعا ولا المسلم من الكافر على قول علي رضي الله عنه وزيد بن ثابت
واليه ذهب علماؤنا والشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتوارث اهل الملتين شتى
والعباس ان يرث المسلم من الكافر ولا يرث الكافر منه واليه ذهب معاذ بن جبل ومعاوية
ابن ابي سفيان والحسن ومحمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين ومسروق رضي الله عنهم
والجواب انه المذكور في هذا الحديث نفي لاسلام حتى ان يثبت الاسلام على وجه ولم يثبت
على وجه اخر فانه يثبت ويعلو كالولد من مسلم وكافر فانه يحكم باسلام الولد
والمراد العلو بحسب الحجة او بحسب القهر والغلبة ان النصرة في العاقبة للمسلمين
ثم ان الكفار يتوارثون فيما بينهم وان اختلفت نحلهم لان الكفر ملة واحدة
وقال ابن ابي ليلى اليهود والنصارى يتوارثون فيما بينهم ولا توارث بينهما وبين المجوس
واستدل بانهما قد اتفقا على التوحيد والاقرار بنبوة موسى عليه السلام وانزال التورية
فهما على ملة واحدة بخلاف المجوس حيث ينكرون التوحيد ويثبتون الهين يزدان و
ولا يعترفون بنبي ولا كتاب منزل فهم اهل ملة اخرى
وذهب بعض الفقهاء الى عدم التوارث بين اليهود والنصارى ايضا لاختلاف اعتقادهم
في عيسى عليه السلام والانجيل فهما اهل ملتين شتى كالمسلمين مع النصارى
بخلاف اهل الاهواء فانهم معترفون بالانبياء والكتب ويختلفون في
تاويل الكتاب والسنة وذلك لا يوجب اختلاف الملة

واختلاف الدارين حقيقة كالحربي والذمي فاذا مات الحربي في دار الحرب وله اب او ابن
ذمي في دار الاسلام او مات الذمي في دار الاسلام وله ابن او اب في دار الحرب لم يرث احدهما
من الاخر لان الذمي من اهل دار الاسلام والحربي من اهل دار الحرب فهما وان اتحدا ملة
لكن لتباين الدارين حقيقة ينقطع الولاية بينهما فينقطع الوراثة المبنية على الولاية
او حكما كالمستامن والذمي لان الحربي اذا دخل دار الاسلام بامان فهو والذمي
في دار واحدة تحقيقا لكنهما في دارين مختلفين حكما لان المستامن من اهل دار الحرب
حكما الا انه يتمكن من الرجوع اليها ولا يتمكن من استدامة الاقامة في دارنا بخلاف الذمي
فلا توارث بينهما بل اذا مات المستامن يوقف ماله لورثته الذين في دار الحرب
لان حكم الامان باق في ماله لحقه ومن جملة حقه ايصال ماله الى ورثته فلا يصرف الى بيت [المال]
والمجمع على توريثهم من الرجال عشرة الاب وابوه اي الجد والابن وابنه والاخ وابنه
والعم وابنه والزوج ومولى النعمة يعني مولى العتاقة وهو المعتق بكسر التاء
ومن النساء سبع الام والجدة اي ام الام والبنت وبنت الابن والاخت
والزوجة ومولاة النعمة يعني مولاة العتاقة وهي المعتقة بكسر التاء هم
اي الوارثون المجمع على توريثهم قسمان ذو فرض وعصبة فذو الفرض من له
سهم مقدر والسهام المقدرة في كتاب الله تعالى ستة النصف
وقد ذكر في ثلاثة مواضع فقال وان كانت واحدة فلها النصف
وقال ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقال وله اخت فلها نصف ما ترك
والربع المذكور في موضعين حيث قال ولكم الربع مما تركن وقال
ولهن الربع مما تركتم والثمن ذكره مرة واحدة حيث قال فلهن الثمن مما
تركتم والثلثان وقد ذكر في موضعين حيث قال في حق البنات
فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وفي حق الاخوات فان كانتا
اثنتين فلهما الثلثان والثلث ذكر في موضعين ايضا فقال فلامه الثلث
وقال وان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث
والسدس المذكور في ثلاثة مواضع حيث قال ولابويه لكل واحد منهما السدس
وقال فان كان له اخوة فلامه السدس وقال في حق ولد الام وله اخ او
اخت فلكل واحد منهما السدس ثم شرع في التفصيل فقال
فالنصف للبنت وهذه الحالة مصرح بها في الاية كما تلونا ولبنت الابن
عند عدمها اي عدم البنت لان النص ورد في البنت صريحا فاذا عدمت
قامت بنت الابن مقامها والنصف للاخت لابوين وهذه مصرح بها في
الاية كما تلونا ايضا وللاخت لاب عند عدمها اي عدم الاخت لابوين
وهذا اذا انفردن عن اخوتهن واما اذا اختلطن بهم تصير عصبات بهم
ويكون للذكر مثل حظ الانثيين كما سياتي عن قريب
والنصف للزوج عند عدم الولد وولد الابن وهذه ايضا
مصرح بها في الاية ايضا والربع له اي للزوج عند وجود احدهما
وهذه مصرح بها في النظم الشريف ايضا والربع للزوجة وان تعددت
عند عدمهما اي عدم الولد وولد الابن وهذه مصرح بها في نظم القران
العظيم الشان والثمن لها اي للزوجة كذلك يعني وان تعددت
عند وجود احدهما وهذه مصرح بها في القران ايضا والثلثان لكل اثنين
فصاعدا ممن فرضه النصف وهي البنات والاخوات كما تلونا

والثلث

والثلث للام عند عدم الولد وولد الابن وعدم الاثنين من الاخوة والاخوات
لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فان كان له اخوة فلامه السدس
ولفظ الجمع في الاخوة يطلق على الاثنين فيحجب بهما الام من الثلث الى السدس
من اي جهة كانا او من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور
الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه لم يحجب الام من الثلث
الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الاية فان الاخوة جمع واقله ثلاثة والجمهور
ان الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى وهل اتيك نبؤا الخصم اذ تسوروا المحراب
اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض
فذكر ضمير الجمع في تسوروا ودخلوا ومنهم وقالوا والمراد الملكان اللذان دخلا
عليه في صورة متخاصمين الا ترى الى قوله خصمان ومثل هذا كثير شائع في كلام العرب
ولها اي للام ثلث ما بقي بعد فرض احد الزوجين وذلك في زوج وابوين
او زوجة وابوين وهو مذهب جمهور الصحابة والفقهاء رضوان الله عليهم اجمعين
وكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول ان لها ثلث اصل التركة في هاتين الصورتين
مستدلا بان الله تعالى جعل اولا لابويه السدس مع الولد بقوله ولابويه لكل واحد منهما
السدس مما ترك ان كان له ولد ثم ذكر ان لها مع عدمه الثلث بقوله فان
لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث فيفهم منه ان المراد ثلث اصل التركة ايضا
ويؤيده ان السهام المقدرة كلها بالقياس الى اصلها بعد الوصية والدين
وكان ابو بكر الاصم يقول بان لها مع الزوج ثلث ما بقي من فرضه ومع الزوجة
ثلث الاصل لانه لو جعل لها مع الزوج ثلث جميع المال لزاد نصيبها على نصيب الاب
لان المسئلة من ستة لاجتماع النصف والثلث فللزوج ثلاثة وللام اثنان
على ذلك التقدير فيبقى للاب واحد وفي ذلك تفضيل الانثى على الذكر وانما جعل
ثلث ما بقي من فرض الزوج كان لها واحد وللاب اثنان ولو جعل لها مع الزوجة
ثلث الاصل لم يلزم ذلك التفضيل لان المسئلة من اثني عشر لاجتماع الربع
والثلث فاذا اخذت الام اربعة بقي للاب خمسة فلا تفضيل لها عليه ولنا ان
معنى قوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث هو ان لها ثلث ما ورثاه
سواء كان جميع المال او بعضه وذلك لانه لو اريد ثلث الاصل لكفى في البيان فان لم يكن
له ولد فلامه الثلث كما قال في حق البنات وان كانت واحدة فلها النصف بعد قوله فان كن
نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك فيلزم ان يكون قوله وورثه ابواه خاليا عن الفائدة
وفي شرح الفاضل الشريف قدس سره سؤال وجواب هنا ان شئت فراجعه
ولو كان مكان الاب فيهما جد فلها اي للام ثلث الجميع عند ابي حنيفة ومحمد وهو
مذهب ابن عباس واحدى الروايتين عن الصديق رضي الله عنهم خلافا لابي يوسف
فان لها مع الجد ايضا ثلث الباقي عنده كما في الاب وهو رواية الاخرى عن الصديق
فعلى هذه الرواية جعل الجد كالاب فيعصبها كما يعصبها الاب والوجه على الرواية الاولى
هو ان ما ذكرنا ظاهر قوله تعالى فلامه الثلث في حق الاب والحقناه بالاب كيلا يلزم تفضيلها عليه
مع تساويهما في القرب وايدناه بقول اكثر الصحابة واما في حق الجد فاجريناه
على ظاهره لعدم التساوي في القرب ووقوع الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم
ولا استحالة في تفضيل الانثى على الذكر مع التفاوت في الدرجة كما
اذا ترك امراة واختا لاب وام واخا لاب فان للمراة الربع وللاخت النصف
وللاخ الباقي فقد فضلت الانثى ههنا لزيادة قربها على الذكر
وايضا للام حقيقة الاولاد كما للاب فيعصبها والجد له حكم الاولاد لا حقيقته
فلا يعصبها اذ لا تعصيب مع الاختلاف في السبب بل مع الاتفاق فيه

فان قيل نحمله على ان الوراثة لهما فقط قلنا
السياق العبارة دالة على حصر الارث فيهما
وان سلم فلا دلالة في الاية على صورة النزاع
اصلا لا نفيا ولا اثباتا فيرجع الى ان
الابوين في الاصول كالابن والبنت في
الفروع لان السبب في وراثة الذكر والانثى
واحد وكل منهما يتصل الى الميت بلا واسطة
فيجعل ما بقي من فرض احد الزوجين
بينهما اثلاثا كما في حق الابن والبنت
وكما في حق الابوين اذا انفردا بالمال
فلا يزيد نصيب الام على نصف نصيب
الاب كما يقتضيه العكس على ما
ذهب اليه الاصم [illegible] بسبب ما ذكرناه
من معنى الاية واعلم ان الاب اذا اخذ
[illegible] الباقي مع الزوجة اجتمع [illegible]
[illegible] ربع [illegible]
شرح الفرائض للسيد قدس سره [illegible]

والثلث للاثنين فصاعدا من ولد الام لما تلونا من قوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك فهم
شركاء في الثلث يقسم الثلث لذكرهم وانثاهم بالسوية يعني الانثى منهم تأخذ
مثل ما يأخذ الذكر منهم بلا تفضيل للذكر على الانثى كما دل عليه جعلهم شركاء في الثلث
والسدس للواحد منهم اي من اولاد الام ذكرا او انثى بقوله تعالى وان كان رجل
يورث كلالة او امرأة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس والمراد اولاد الام
ويدل عليه قراءة ابي وله اخ او اخت من الام والسدس للام عند وجود الولد او ولد
الابن او وجود الاثنين من الاخوة والاخوات لما تلونا فيما سبق والسدس
للاب مع الولد او ولد الابن وبيان ذلك ان الله تعالى قال ولابويه لكل واحد منهما
السدس مما ترك ان كان له ولد فهذا تنصيص على ان فرض الاب مع الولد السدس
لكن اسم الولد يتناول الابن والبنت فان كان مع الاب ابن فله فرضه اعني
السدس والباقي للابن لقوله صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرائض باهلها
فما بقيت فلاولى رجل ذكر واولى العصبات هو الابن كما ستعرفه ان شاء الله
وان كان معه بنت فله السدس وللبنت النصف بالفرض وما بقي للاب ايضا
لانه اولى رجل ذكر من العصبات عند عدم الابن وكذا للجد الصحيح عند عدمه
اي عدم الاب لان الجد الصحيح كالاب الا في اربع مسائل ستعرفها وهو
اي الجد الصحيح من لا يدخل في نسبته الى الميت ام كابي الاب فان دخلت في نسبته
الى الميت ام فجد فاسد كابي الام مثلا والسدس للجدة الصحيحة وان تعددت
كام الام مع ام الاب اما اعطاء الجدة الواحدة السدس فلما رواه ابو سعيد الخدري
ومغيرة بن شعبة وقبيصة بن ذويب من انه صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس
واما التشريك بينهن في ذلك لكن اذا كن متحاذيات في الدرجة فلما روي
ان ام الام جاءت الى الصديق رضي الله عنه وقالت اعطني ميراثي من ولد ابنتي فقال رض
اصبري حتى اشاور الاصحاب فاني لا اجد لك في كتاب الله نصا ولم اسمع
فيك من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا ثم سألهم فشهد مغيرة باعطاء السدس
فقال هل معك احد فشهد به ايضا محمد بن سلمة فاعطاها ذلك ثم جاءت ام
وطلبت الميراث فقال رض ارى ان ذلك السدس بينكما وكان ذلك بمحضر الصحابة
ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا وفي رواية اخرى ان ام الاب جاءت الى عمر رض
وقالت انا اولى بالميراث من ام الام اذ لو ماتت لم يرثها ولد ولدها ولو
مت ورثني ولد ولدي فقال رض هو ذلك السدس فان اجتمعتما فهو بينكما
وايتكما خلت به فهو لها فحكم بالتشريك بينهما فقد اجمعا على ان
الجدات الصحيحات المتحاذيات يشتركن في السدس بالسوية
وذهب ابن عباس رضي الله عنهما الى ان الجدة ام الام تقوم مقام الام مع عدمها فتاخذ الثلث اذا لم
للميت ولد ولا اخوة والسدس اذا كان له احدهما كما ان الجد ابو الاب يقوم مقام الاب عند عدمه
وابن الابن يقوم مقام الابن عند عدمه ثم ان الام لا يزاحمها في فرضها احد من الجدات فكذا ام الام
لا يزاحمها احد منهن ورد بان الادلاء ليس سببا لاستحقاق المدلي فريضة المدلى به كبنات البنات
وبنات الاخوات لكان كما هنا القياس في الجدات بالسنة ولم يرد فيها ما زاد على السدس
وهي اي الجدة الصحيحة من لا يدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد كام الام ومثال الجدة الفاسدة ام ابي الام
والسدس لبنت الابن وان تعددت مع الواحدة من بنات الصلب والدليل عليه ان حق البنات الثلثان
وقد اخذت الواحدة الصلبية النصف لقوة القرابة فبقي سدس من حق البنات فياخذه بنات الابن واحدة
او متعددة وما بقي من التركة فلاولى عصبة فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة الصلبية
وللاخت لاب كذلك اي لها السدس وان تعددت مع الاخت الواحدة لابوين فان حق الاخوات
وقد اخذت الاخت لاب وام النصف فبقي منه سدس فيعطى للاخوات لاب حتى يكمل حق الاخوات

فصل في العصبات

قلت صاحب الفرض والعصبة قرابة الرجل لابيه وكانها جمع عاصب
وان لم يسمع من عصبوا به اذا احاطوا حوله ثم سمي به الواحد والجمع والمذكر
والمؤنث للغلبة وقالوا في مصدرها العصوبة والذكر يعصب الانثى اي يجعلها
عصبة انتهى وفي الصحاح عصبة الرجل بنوه وقرابته وقال الفاضل
ابن السيد في تعليقاته على شرح الفاضل الشريف على الفرائض وهو الاولى والمناسب
لمعنى الاحاطة ثم ان الظاهر ان القرائب جمع قريب كغريب وغرائب يعني ان
العصبة في اللغة هي البنون والجماعة المحيطة بالرجل من اقربائه الكائنة من جهة
من جانب الاب ثم سمي بها في الاصطلاح الواحد والجمع والمذكر والمؤنث
فلا يرد عليه ما قيل من ان كل واحد من المذكورين عصبة ولا توجد فيه
الاحاطة المذكورة بل الاحاطة انما توجد في مجموعهم انتهى والعصبة
بنفسه ذكر اعتبر الذكورة لان الانثى لا تكون عصبة بنفسها بل بغيرها
او مع غيرها ليس في نسبته الى الميت انثى فان من دخلت الانثى في نسبته
اليه لم يكن عصبة كاولاد الام فانهم من ذوات الفروض وكابي الام
وابن البنت فانهما من ذوي الارحام فان قلت الاخ لاب وام عصبة بنفسه
مع ان الام داخلة في نسبته قلت قرابة الاب اصل في استحقاق العصوبة فانها
اذا انفردت كفت في اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانها لا تصلح بانفرادها
علة لاثباتها فهي ملغاة في استحقاق العصوبة لكنا جعلناها بمنزلة
وصف زائد فرجحنا بها الاخ لاب وام على الاخ لاب وهو يأخذ
ما ابقته الفرائض وعند الانفراد اي انفراده عن غيره في الوراثة يحرز
جميع المال بجهة واحدة فلا يرد ان صاحب الفرض اذا خلا عن العصوبة
فقد يحرز جميع المال لان استحقاقه لبعضه بالفرضية وللباقي بالرد
واقربهم اي اقرب العصبات جزء الميت وهم الابن وابن الابن وان سفل ثم اصله
وهو الاب والجد الصحيح ابو الاب وان علا وانما قدم البنون على الاباء لانهم
فروع الميت والاب اصله واتصال الفرع باصله اظهر من اتصال الفرع باصله
الا يرى ان الفرع يتبع اصله ويصير مذكورا بذكره دون العكس
فان البناء والاشجار يدخلان في بيع الارض ولا تدخل هي في بيعها فظهور
اتصالهم يدل على انهم اقرب الى الميت في الدرجة حكما وان لم يكن ذلك
حقيقة لان الاتصال من الجانبين بغير واسطة قال الفاضل الفناري
في دليل تقديم الابن ان الانسان يؤثر ولده ويختار صرف ماله اليه دون الاب
فمقتضاه ان لا يصرف الى ابيه شيء الا انا تركنا في مقدار ما فرض للاب
بالنص انتهى كلامه وفيه نظر اذ الظاهر ان الانسان قد يختار والده على ولده سيما
اذا كان الاب صالحا والولد طالحا وجوابه ان ذلك حكم مبني على الاغلب
فان اكثر الناس يميل بالطبع على ولده فيرجحه على من عداه ترجيحا طبيعيا لكونه جزءا منه
وقدم بنو البنين وان سفلوا على الاب لان سبب استحقاقهم ايضا البنوة المقدمة
على الابوة وكون الاب اقرب درجة من الجد ظ كظهوره فيما بين الابن وابن الابن
ثم جزء ابيه وهم الاخوة لابوين ثم الاخوة لاب ثم بنوهم وان سفلوا تاخير الاخوة
عن الجد وان علا مذهب ابي حنيفة خلافا لهما كما ذكر في مقاسمة الجد وانما اطلق الحكم
ههنا بلا تنبيه على الخلاف لانه المختار للفتوى وتاخير بنيهم عنهم لقرب درجتهم

ثم جزء جده وهم اي العصبات الذين هم جزء الجد الاعمام لابوين او لاب ثم بنوهم وان سفلوا
تاخير الاعمام عن الاخوة وتاخير بنيهم عنهم لبعد الدرجة ثم جزء جد ابيه
كذلك اي الاعمام الاب لابوين او لاب فظهر مما ذكر ان اسباب العصوبة
بنفسه انواع اربعة البنوة بغير واسطة او بواسطة والابوة كذلك
والاخوة وفروعها والعمومة وفروعها والترتيب ما عرفته
والعصبة بغيره من فرضه النصف والثلثان وهم البنات وبنات الابن والاخوات
لابوين او لاب يصرن عصبة باخوتهن ويقسم للذكر مثل حظ الانثيين
ويدل على صيرورة البنات وبنات الابن عصبات قوله تعالى يوصيكم الله
في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وعلى صيرورة الاخوات عصبات
قوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين
ومن لا فرض لها من الاناث واخوها عصبة لا يصير عصبة به اي باخيها كالعمة
لا تصير عصبة بالعم الذي هو اخوها وبنت الاخ لا تصير عصبة باخيها
وذلك لان النص الوارد في صيرورة الاناث بالذكور عصبة انما
هو في موضعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة كما عرفت آنفا النص ٣
والاناث في كل منهما ذوات فروض ومن لا فرض لها من الاناث لا يتناوله
والعصبة مع غيره الاخوات لابوين او لاب مع البنات وبنات الابن
يقول الفقير الظاهر او بنات الابن باو تدبر وذلك قوله صلى الله عليه وسلم
اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والمراد من الجمعين ههنا هو الجنس
واحدا كان او متعددا والفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره
ان الغير في العصبة بغيره يكون عصبة بنفسه فيتعدى بسببه العصوبة
الى الانثى وفي العصبة مع غيره لا يكون عصبة اصلا بل يكون
عصوبة تلك العصبة مجامعة لذلك الغير
وذو الابوين من العصبات مقدم على ذي الاب الواحد لانهم كما يرجحون
بقرب الدرجة يرجحون بقوة القرابة مع تساويهما في الدرجة
لقوله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بني الام يتوارثون دون
بني العلات كالاخ لاب وام فانه مقدم على الاخ لاب بالاجماع
حتى ان الاخت لابوين تحجب الاخ لاب خلافا لابن عباس رضي الله عنهما
فان الاخت لا تصير عصبة مع البنات عنده لا يقال الاخ لاب مع البنت ٣
عصبة بنفسه فيكون اقوى فتتعارض الجهتان لانا نقول
لا عبرة لقوة العصبة بنفسه في نفسه انما العبرة لقوة القرابة بعد تساوي الدرجة
وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة مولى امه قال الفاضل الزيلعي
ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط لان نسبه من جهة الاب منقطع
فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به امه واخوته من الام بالفرض لا غير
وكذا يرثه امه واخوته من امه فرضا لا غير ولا يتصور ان يرث هو او
يورث بالعصوبة الا بالولاء او بالولاد فيرثه من اعتق امه او ابنه
بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه او معتق معتقه او ولده بالعصوبة انتهى
يقول الفقير اذا عرفت هذا فاعلم ان في بيان المصنف هنا قصورا ولو قال
مولاه او ابنه لكان اتم تدبر والاب مع البنت صاحب فرض
وهو السدس وعصبة وقد ذكرنا وجهه واصله فيما سبق فلا نعيد

وآخر العصبات مولى العتاقة مولى العتاقة عندنا مقدم على ذوي الارحام والرد
وعلى ذوي الفروض وهو قول علي كرم الله وجهه وزيد بن ثابت رضي الله عنهما
وقال ابن مسعود رضي الله عنه هو مؤخر عن ذوي الارحام كما هو مؤخر
عن الرد استدل بقوله تعالى واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
اي بعضهم اقرب الى بعض ممن ليس له رحم والميراث يبتنى على القرب وبقوله صلى الله
عليه وسلم لمن اعتق عبدا هو مولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك
وان كفرك فهو شر له وخير لك وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
فقد اشترط في توريث مولى العتاقة ان لا يدع العتق وارثا وذو الارحام من قبيل
الورثة والجواب اما عن الآية فهو ان سبب نزولها ما روي من انه
صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة آخى بين المهاجرين والانصار وكانوا
يتوارثون بذلك فنسخ الله تعالى هذا الحكم بهذه الآية وبين ان الرحم
مقدم على المواخاة والموالاة ولا نزاع لنا في تقدم ذي الرحم على مولى
الموالاة هكذا ذكره الفاضل الشريف لكن قال المولى
فخر قوم الروم ابن الكمال المرحوم فيه بحث لان مبناه على تخصيص الحكم
بسبب النزول وهو خلاف ما تقرر في الاصول من ان العبرة لعموم
اللفظ لا لخصوص السبب على ان الآية المذكورة قد تكرر نزولها على
ما دل عليه ذكرها تارة في سورة الانفال واخرى في سورة الاحزاب
والتقييد المستفاد من خصوصية سبب النزول على تقدير تمامه انما يكون
في احدهما دون الاخرى واما الجواب عن الحديث فهو انه
صلى الله عليه وسلم اراد بقوله ولم يدع وارثا انه لم يدع وارثا هو عصبة
لانه عليه السلام قال كنت انت عصبته ولم يقل
كنت انت وارثه وحجتنا ما روي ان بنت حمزة رضي الله عنها
اعتقت عبدا ثم مات العبد وترك بنته ومولاته فجعل النبي صلى الله عليه
وسلم نصف ماله لبنته والباقي لمولاته وهذا نص في ان مولى العتاقة
مقدم على الرد ومن ضرورة تقدمه عليه ان يكون مقدما على ذوي الارحام
ثم عصبته اي عصبة مولى العتاقة على الترتيب المذكور في العصبات
وعصبات النسب مقدمة على عصبات السببية اعني معتق العتق
لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ومعنى ذلك ان الحرية
حياة للانسان اذ بها يثبت له صفة المالكية التي امتاز بها عن سائر ما عداه
من الحيوانات والجمادات والرقية تلف وهلاك فالمعتق سبب
لاحياء المعتق كما ان الاب سبب لايجاد الولد فكما ان الولد يصير
منسوبا الى ابيه بالنسب والى اقربائه بالتبعية كذلك المعتق يصير
منسوبا الى معتقه بالولاء والى عصبته بالتبعية فكما يثبت الارث
بالنسب كذلك يثبت بالولاء والمراد بعصبة السببية ما هو عصبة
بنفسه فقط لانه لا يرث بالولاء للصنفين الاخيرين من العصبة النسبية
فمن ترك اب مولاه يقول الفقير الظاهر ان يقول ابا مولاه بالالف تدبر
وابن مولاه فماله كله لابن مولاه لان الابن وابن الابن وان سفل مقدم على
الاب وابوه مقدم على جده وان علا الى آخر ما فصل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف للاب السدس والباقي للابن هذا قوله الاخير

وهو احدى الروايتين عن ابن مسعود رضي الله عنه وبه قال الشريح والنخعي
ومنعهما اختيار سعيد بن المسيب ومذهب الشافعي والقول الاول لابي
يوسف ووجه قول الاخير ان الولاء كالاثر الملك فيلحق بحقيقة الملك
ولو ترك المعتق مالا وترك ابا وابنا كان لابيه سدس ماله والباقي لابنه
فكذا اذا ترك ولاء والجواب انه وان كان اثر الملك لكنه ليس بمال ولا له
حكم المال كالقصاص الذي يجري الاعتبار عنه بالمال بخلاف الولاء
فلا يجري فيه سهام الورثة بالفرضية كما في المال بل هو سبب يورث بطريق
العصوبة فيعتبر الاقرب فالاقرب والابن اقرب العصبات ولو كان
يجري فيه سهام الورثة بالفرضية كالمال لكان للنساء نصيب من
الولاء بالارث على ان قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب
لا يباع ولا يوهب ولا يورث دليل واضح على قول الاول الذي هو مذهبهما
ولو كان مكان الابن جد فكله للابن بالاتفاق وذلك لان الابن كالاب
في العصوبة بحسب لفظ لان اتصال كل منهما بالميت بلا واسطة وكون الابن
اقرب يحتاج الى بيان من ان زيادة قرب امر حكمي موضع الخلاف عنده
بخلاف الجد فان اتصاله بواسطة الاب فيكون الاب اقرب من الجد
ويكون الابن اقرب منه بلا اشتباه فلا يزاحم الجد في الولاء بلا خلاف
ولو ترك جد مولاه واخاه فالجد اولى ويكون الولاء كله للجد عند ابي حنيفة لانه
اقرب الى الميت في العصوبة من الاخ على مذهبه وعندهما يستويان فيكون الولاء
بينهما نصفين قال الفاضل الشريف وذكر محمد في كتاب الولاء
عن كبار الصحابة كعمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابي بن كعب وغيرهم رضي
انهم قالوا الولاء للكبر فاستدل بعض الفقهاء بظاهره على ان الولاء لاكبر بني
المعتق سنا بمعرفة فانه قائم مقامه في العشيرة لكن المذهب عندنا ان المراد
بالكبر القرب اي يتقدم في استحقاق الولاء اقرب الى المعتق يوم موته حتى
ان مات المعتق عن ابن وابن ابن اخر كان الولاء للابن لانه اقرب
والعصبة انما يأخذ ما فضل عن ذوي الفروض لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
فما ابقته الفرائض فلاولى عصبة ولو تركت امرأة زوجا واخوة لام واخوة لاب وام
فالنصف للزوج والثلث للاخوة لام والسدس للام ولا يشاركهم الاخوة لاب وام
لان المسألة من ستة نصفها وهو الثلاثة للزوج وثلثه وهو اثنان للاخوة لام وسدسه هو واحد
للام يكون المجموع ستة فما فضل عن فرض ذوي الفروض شيء حتى يعطى للاخوة لابوين
وهم عصبة يأخذون ما فضل عن فرض ذوي الفروض وتسمى هذه المسألة المشركة والحمارية
قال مولانا الكمال محمد افندي الزيلي في كتابه هدية الصعلوك في شرح تحفة الملوك قال ابو بكر الصديق
في هذه الصورة للزوج النصف وللام السدس وللاخوة لام الثلث ولا شيء للاخوة لابوين وبه
اخذ علماؤنا وقال عثمان بن عفان رض يشترك الاولاد لاب وام مع الاولاد لام وبه اخذ مالك والشافعي
وكان عمر رض يقول اولا مثل ما قال الصديق ثم رجع عنه الى قول عثمان وسبب رجوعه رض
انه سئل عن هذه المسألة فاجاب كما هو مذهبه فقام واحد من الاولاد لاب وام وقال يا امير المؤمنين
ولنسلم ان ابانا كان حمارا الستنا من ام واحدة فاطرق راسه مليا وقال صدق
لانهم بنو ام واحدة فشركهم في الثلث فلهذا سميت المسألة حمارية ومشركة وعثمانية

قوله ومذهبهما [illegible] اختيار ان مذهب ابي حنيفة ومحمد [illegible]

رض

فصل في الحجب

وهو في اللغة المنع ومنه الحاجب لما يستر به الشيء او يمنع من النظر اليه ومنه
الحاجب ايضا وفي اصطلاح اهل هذا العلم منع شخص معين عن الميراث اما بالكلية
او عن سهم مقدر له اخر بوجود شخص اخر فهو على نوعين احدهما حجب نقصان
وهو منع عن سهم مقدر له الى سهم مقدر اقل منه وحجب حرمان وهو ان يحجب
عن الميراث بالمرة فشرع في تفصيل كل منهما وقال حجب الحرمان منتف
في حق ستة من الورثة الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة لا يقال
قد يحجب هؤلاء الفريق بالقتل والردة والرق فلا يصح ان حجب الحرمان منتف
في هذا الفريق البتة لانا نقول الكلام في الورثة وهم على ذلك التقدير ليسوا بورثة
غاية ما في الباب انه يقال انهم محرومون والفرق بين المحروم والمحجوب ومن عداهم
يحجب الابعد بالاقرب او يحجب ذو القرابة الواحدة بذي القرابتين ومن يدلي
اي من ينتمي الى الميت بشخص لا يرث معه اي مع وجود ذلك الشخص كابن الابن
مثلا فانه لا يرث مع وجود الابن الا اولاد الام حيث يدلون اي ينتمون
الى الميت بها اي بالام ولكن يرثون معها اي مع الام وذلك لانعدام استحقاقها
جميع التركة وتحقيق هذا الاصل ان شخص المدلى به ان استحق جميع التركة
لم يرث المدلي مع وجوده سواء اتحدا في سبب الارث كما في الاب والجد
والابن وابنه او لم يتحدا كما في الاب والاخوة والاخوات فان المدلى به
لما اخذ جميع المال لم يبق للمدلي شيء وان لم يستحق المدلى به جميع التركة
فان اتحدا في السبب كان الامر كذلك كما في الام وام الام لان المدلى به
لما اخذ نصيبه بذلك السبب لم يبق للمدلي من النصيب الذي يستحق بذلك
السبب شيء وليس له نصيب اخر فصار محروما وان لم يتحدا في السبب كما في
الام واولادها فان المدلي حينئذ يأخذ نصيبه المستند الى السبب وهذا يأخذ
نصيبا اخر مستندا الى سبب اخر فلا حرمان فان قيل ليست الام تستحق
جميع التركة اذا انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا
ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة فانها تستحق بعض التركة بالفرض
وبعضها بالرد وعلى استحقاقها جميعها من جهة واحدة كما في العصبة كذا في شرح الفاضل الشريف
على الفرائض السراجية وتحجب الاخوة مطلقا حجب الحرمان بالابن وابنه وان سفل
اما سقوط الاخوة بالابن فثابت بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد اي ابن بالاتفاق
فالله تعالى علق توريث الاخ بشرط عدم الابن فلذا يسقط بالابن واما سقوط الاخوات
فثابت بقوله تعالى ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك لان المراد من الولد الابن
ايضا وكان من شرط توريثهم ان يكون الميت هالكا لقوله تعالى ان امرؤ هلك
ومن له ابن فليس بهالك بخلاف من له بنت قاله السرخسي كذا في شرح فرائض
ابن الكمال عليه رحمة الله المتعال واما سقوطهم بابن الابن فلدخوله بالاجماع تحت
الابن وقيام مقامه عند عدمه وبالاب لانه كلالة وتوريث الكلالة مشروط
بعدم الولد والوالد وبالجد عند ابي حنيفة وتحجب اولاد العلات وهم الاخوة
والاخوات بالاخ لابوين لما عرفت ان ميراث الاخوة والاخوات لاب وام جار مجرى
ميراث الاولاد الصلبية وان ميراث الاخوة والاخوات لاب كميراث اولاد الابن
ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم فكما يحجب اولاد الابن بالابن كذلك يحجب الاخوة
لاب بالاخ لاب وام وعندهما لا يحجب الاخوة لابوين او لاب بالجد [illegible]
وهو ان الجد كالاخ ان لم تنقصه المقاسمة عن الثلث عند عدم ذي الفرض

رحمه الله تعالى

وذلك لانه يشبه الاب من جهة حجب الاولاد الام وفي انه اذا زوج الصغير والصغيرة لم يكن لهما الخيار
اذا بلغا وفي انه لا ولاية للاخ في النكاح مع قيام الجد في ظاهر الرواية كالاب وفي ان حليلة
كل واحد من الجانبين تحرم على الاخر وفي عدم قبول الشهادة وفي صحة استيلاد الجد جارية
ابن ابنه مع عدم الاب وفي انه لا يجوز دفع الزكاة اليه ويشبه الاخ من جهة انه اذا كان
للصغير جد وام كانت النفقة عليهما اثلاثا كما على الاخ والام وفي انه لا يفرض النفقة
على الجد المعسر كالاخ وفي عدم وجوب صدقة الفطر للصغير على الجد وفي ان الصغير
لا يصير مسلما باسلام الجد ووفرنا عليه حقه من الشبهين فجعلناه كالاب في حجب الاخوة
لام وكالاخ في قسمة الميراث ما دامت المقاسمة خيرا له فاذا لم تكن خيرا له اعطينا
ثلث المال لانه مع الام لا يرث السدس فمع الاخوة يضاعف ذلك وايضا اذا قسم
المال بين الابوين فللام الثلث وللاب الثلثان وهما في الدرجة الاولى
ولما كان الجد والجدة في الدرجة الثانية وكان للجدة السدس كان للجد ضعفه اعني
الثلث فاذا كان مع الجد اخ واحد اخذ بالمقاسمة نصف المال فهي خير له من الثلث
واذا كان معه اخوان فهما اي المقاسمة والثلث متساويان واذا كان معه
ثلاث اخوة فالثلث خير له لان نصيبه بالمقاسمة ح ربع هذا اذا لم يكن معهم صاحب فرض
اولا لم تنقص المقاسمة عن السدس عند وجوده او وجود فرض الفرض يعني
اذا كانت معه اختان لاب وام يجعل الجد كاخ ويكون المال بينه وبين الاختين
للذكر مثل حظ الانثيين وكذا اذا كان معه ثلاث اخوات وان كانت معه اربع
اخوات فالمقاسمة والثلث سواء لانه اذا جعل كاخ يكون كاختين ويكون
عدد الاخوات ستة ويكون الاثنان من الستة له والاثنان ثلث الستة فيكون
المقاسمة والثلث مستويين وان كانت معه خمس اخوات يكون الثلث خيرا له لانه
ان جعل كاخ يكون بمنزلة اختين فيكون عدد الاخوات سبعا فيكون حصته ناقصة
عن السدس فيكون الثلث خيرا له وباقي احكام المقاسمة مذكورة في الفرائض شروحها
ان شئت فراجعه والفتوى على قول الامام وهو سقوط الاخوة والاخوات بالجد
واذا استوفت البنات الصلبية الثلثين يسقط بنات الابن لانه لا يبقى شيء من حق البنات
حتى يعطى لبنات الابن الا ان يكون بحذائهن اي بحذاء بنات الابن او اسفل منهن
ابن ابن فيعصب من بحذائه ومن فوقه لكن من ليست بذات سهم فانه لا يعصب
ذات سهم كالبنات الصلبية مثلا وتسقط من دونه واذا كان يعصب ابن الابن
من بحذائه ومن فوقه يكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين واليه ذهب عامة الصحابة
وعليه جمهور العلماء وقال ابن مسعود لا يعصبهن بل الباقي كله لابن الابن ولا شيء لبنات
اذ لو جعل الباقي ههنا بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لزاد حق البنات على الثلثين
وقد قال صلى الله عليه وسلم لا يزاد حق البنات على الثلثين وايضا الانثى انما تصير عصبة
بالذكر اذا كانت صاحبة فرض عند الانفراد عنه كالبنات والاخوات واما اذا لم يكن كذلك
فلا تصير عصبة به كبنات الاخوة والاعمام بينهم واجيب عن الاول بان استحقاق الصلبيتين بالفرض
واستحقاق بنات الابن بالتعصيب وهما سببان مختلفان فلا يضم احد الحقين الى الاخر فلا زيادة
على الثلثين وعن الثاني بان بنت الابن صاحبة فرض عند الانفراد عن ابن الابن لكنها محجوبة
بالصلبيتين ههنا الا ترى انها تاخذ النصف عند عدم الصلبيات بخلاف بنات الاخ والعم
اذ لا فرض لها عند انفرادها عن ابنهما فلا يصير عصبة به واذا استكمل الاخوات لابوين
الثلثين سقط الاخوات لاب لانه ايضا قد كمل حق الاخوات على الثلثين فلم يبق للاخوات لاب شيء
الا ان يكون معهن اي مع الاخوات لاب اخ لاب فيعصبهن وح يكون الباقي من الثلثين
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وذلك لان ميراث الاخوة والاخوات لابوين اجري مجرى ميراث
الاولاد الصلبية وميراث الاخوة والاخوات لاب اجري مجرى ميراث اولاد الابن ذكورهم واناثهم

والجدات

والجدات كلهن يسقطن بالام سواء كانت ابويات او اميات اما الاميات فلوجود ادلا
واتحاد السبب الذي هو الامومة واما الابويات فلاتحاد السبب وحده والابويات
خاصة الا الاميات يسقطن بالاب ايضا اي كما يسقطن بالام وهو قول عثمان وعلي
وزيد بن ثابت وغيرهم ونقل عن عمر وابن مسعود وابي موسى الاشعري رضي الله عنهم
ان ام الاب ترث مع الاب واختاره شريح والحسن وابن سيرين لما رواه ابن مسعود رضي الله عنه
انه صلى الله عليه وسلم اعطى ام الاب السدس مع وجود الاب والمعنى في ذلك ان ارث الجدات
ليس باعتبار الادلاء بالاب لان الادلاء لا يوجب استحقاق شيء من فريضتها بل استحقاقهن للارث
باسم الجدة ويتساوى في هذا الاسم ام الام وام الاب فكما ان الاب لا يحجب الاولى كذلك
لا يحجب الثانية ايضا وهو مردود بان مجرد الاسم لا يوجب الاستحقاق والوراثة بل لا بد
من انضمام الادلاء ثم نقول ههنا معنيان اتحاد السبب والادلاء ولكل منهما تاثير
في الحجب فكما ان اتحاد السبب اذا انفرد عن الادلاء تعلق به حكم الحجب الايراثي تحجب بنات
البنت بالبنتين لاتحاد السبب مع عدم الادلاء كذلك اذا انفرد الادلاء عن السبب
الحجب ايضا فالجدة التي تدلي بالاب تحجب به لوجود الادلاء بالاب وان انعدم اتحاد السبب
وتحجب بالام لاتحاد السبب والجدة التي من قبل الام ترث مع الاب لعدم الادلاء واتحاد السبب
جميعا كذا في شرح الفاضل الشريف على الفرائض وكذا يسقط الابويات بالجد الا ام الاب
وان علت كام ام الاب وهكذا فانها ترث مع الجد لانها ليست من قبله اي ليست قرابتها
من قبل الجد بل هي زوجته فهي لا تسقط به بل ترث معه كالام مع الاب والجدة
القربى منهن اي من الجدات من اي جهة كانت اي سواء كانت من قبل الاب او
من قبل الام تحجب البعدى من اي جهة كانت البعدى فيثبت الحجب ههنا في اقسام اربعة
وهذا مذهب علي كرم الله وجهه واحدى الروايتين عن زيد بن ثابت رضي الله عنهما
وفي رواية اخرى عنه ان القربى ان كانت من قبل الاب والبعدى من قبل الام فهما سواء
فيكون حجب القربى في اقسام ثلاثة فقط من تلك الاربعة وقد عمل بهذه
الرواية مالك والشافعي في الاصح من قوليه والدليل عليها ان الجدة انما تستحق
بالامومة وهي في التي في جانب الام اظهر فانها ام تدلي بام والاخرى ام تدلي باب
فاذا كانت القربى من جهة الام فلها رجحان بزيادة القرب وظهور صفة الامومة
جميعا فكانت اولى واما اذا كانت القربى من جهة الاب والبعدى من جهة الام
فلاحديهما ظهور الصفة وللاخرى زيادة القرب فيستويان في استحقاق الارث
ولنا ان استحقاق الجدة باعتبار الامومة وهي الاصلية ومعنى الاصلية في
القربى اظهر واقوى منه في البعدى سواء كانتا من جهة واحدة او من جهتين فتكون
هي مقدمة على البعدى مطلقا ولو كان ظهور الامومة موجبا للتقديم لكانت
ام الام مقدمة على ام الاب مع تساويهما في الدرجة وهو باطل اتفاقا
وارثة كانت القربى كام الاب عند عدمه مع ام ام الاب وكام الام
عند عدمها مع ام ام الاب او محجوبة كام الاب معه اي مع وجود الاب
فانها تحجب ام ام الام مع انها محجوبة بالاب ففي هذه الصورة اعني اذا
يخلف الميت الاب وام الاب وام ام الام يكون المال كله للاب عندنا
لان البعدى تحجب بالقربى والقربى محجوبة بالاب ونظيرها ان الاخوات يحجبن
الام من الثلث الى السدس مع كونها محجوبة بالاب وقال الحسن بن زياد
ميراث الجدات ههنا لام ام الام وان كانت البعدى من الاب وهذا قياس قول
علي كرم الله وجهه وهو ان القربى انما تحجب البعدى اذا كانت وارثة
واذا اجتمع جدتان احديهما ذات قرابة واحدة كام ام الاب والجدة
الاخرى ذات قرابتين كام اب الاب وهي ايضا ام ام الام

وتوضيحها ان امرأة زوجت ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد فهذه المرأة
جدة لهذا الولد اذا مات من قبل ابيه لانها ام ابي ابيه ومن قبل امه
لانها ام امه فهي جدة ذات قرابتين ثم ههنا امرأة اخرى قد كان
تزوج بنتها ابن المرأة الاولى فولدت من بنت الاخرى ابن الاولى الذي هو
ابو الميت فهذه الاخرى ام ام ابي الميت فهي ذات قرابة واحدة فهاتان امرأتان
جدتان في درجة واحدة فاذا اجتمعتا فقد وجدت ذات قرابتين مع ذات قرابة واحدة
فثلث السدس لذات القرابة الواحدة وثلثاه للاخرى التي هي ذات قرابتين عند محمد
وينصف السدس عند ابي يوسف باعتبار الابدان وهو قول زفر ايضا
وجه قول محمد ان استحقاق الارث باعتبار الاسباب فاذا اجتمع في واحد سببا منفقا
كجد وجدة تدليان من جهتين كلاهما في الصورة واحدة او في المعنى متعدد فيستحق
الارث بسببه معا كما اذا اجتمع فيه سببا مختلفان الارث بان كان احد ابني
احدهما اخ لام بان كانت امرأة لها ابن من رجل فتزوجت بعد موت الرجل اخيه فولدت
منه ابنا اخر فاذا مات الابن الاول وترك اخاه لام وهو ابن عمه وابنا اخر لعمه
من زوجة الاولى يكون تاركا لابني عمه احدهما اخ لام لمع كونه ابن عم له والاخر
ابن عمه فقط فانه يأخذ ذلك الاخ لام السدس بالفرض والباقي بينه
وبين اخيه لاب نصفان بالعصوبة وسيأتي ان شاء الله تعالى في فصل
الغرقى ووجه قول ابي يوسف ان تعدد الجهة ان اقتضى تعدد الاسم كان
المثال المذكور كان مقتضيا لتعدد الاستحقاق بحسب تعددها
واما اذا لم يقتض تعدد الاسم كان في حكم الجهة الواحدة وما نحن فيه من هذا القبيل
فان ذات القرابتين تسمى بالجدة كذات القرابة الواحدة قال الامام السرخسي
لا رواية عن ابي حنيفة في صورة تعدد قرابة احدى الجدتين وذكر في
فرائض عبد الرحمن بن عبد الرزاق الشاشي من اصحاب الشافعي ان قول ابي حنيفة
ومالك كقول ابي يوسف كذا في شرح الفاضل الشريف قدس سره
والمحروم بالقتل ونحوه كالرق والكفر لا يحجب غيره اصلا لا حجب حرمان
ولا حجب نقصان عندنا وهو قول عامة الصحابة روي ان امرأة مسلمة
تركت زوجا واخوين مسلمين وابنا كافرا فقضى فيها علي كرم الله وجهه
وزيد بن ثابت رضي الله عنهما بان للزوج النصف وللاخوين الثلث
وما بقي فهو للعصبة وعند ابن مسعود يحجب المحروم غيره حجب نقصان
لا حجب حرمان ففي المسألة المذكورة يكون رضي الله عنه للزوج الربع وللاخوين الثلث
والباقي للعصبة وقد روي عنه ايضا انه جعل في تلك الصورة للزوج الربع
ولم يجعل للاخوين شيئا بل حكم بان ما بقي للعصبة فعنده في حجب المحروم
لغيره حجب حرمان روايتان والمحجوب بحجب الحرمان يحجب غيره كلا الحجبين
كما مر في الجدة آنفا فان ام الاب محجوبة به حجب حرمان
ومع ذلك حاجبة لام ام الام وكالاخوات والاخوة يحجبهم الاب
ويحجبون الام من الثلث الى السدس اما عند ابن مسعود رضي الله عنه
فلان المحروم عنده حاجب مع انه ليس بوارث اصلا فكذا المحجوب بل هو اولى
لانه وارث من وجه دون وجه واما عندنا فلان المحروم انما جعلناه
بمنزلة المعدوم لانه ليس باهل للميراث من كل وجه بخلاف المحجوب
فانه اهل له من وجه دون اخر فيجعل كالميت في حق استحقاق الارث
حتى لا يرث شيئا ويجعل حيا في حق الحجب حتى يحجب غيره

فصل في العول

وهو في اللغة يستعمل بمعنى الميل الى الجور يقال فلان يعول على اي يميل جائرا
وبمعنى الغلبة يقال عاله اذا غلبه وبمعنى الرفع يقال عال الميزان اذا رفعه
ومن هذا الاخير اخذ المعنى المصطلح عليه وقيل هو ماخوذ من المعنى الاول
لان المسألة مالت على اهلها بالجور حيث نقصت من فروضهم او المعنى الثاني
كان المسألة غلبت اهلها بادخال الضرر عليه واول من حكم بالعول
عمر رضي الله عنه فانه وقع في عهده صورة ضاق مخرجها عن فروضها فشاور
الصحابة فيها فاشار العباس رضي الله عنه الى العول وقال اعيلوا الفرائض
فتابعوه على ذلك ولم ينكره احد الا ابنه بعد موته فقيل له هلا انكرته
في زمن عمر رضي الله عنه فقال هبته وكان مهيبا فسأله رجل كيف تصنع
بالفريضة العائلة فقال ادخل الضرر على من هو اسوأ حالا وتفصيل تمام القصة
ودليلنا مذكور في شرح الفاضل الشريف قدس سره ان شئت فراجعه
واذا زاد سهام اصحاب الفريضة على الفريضة فقد عالت الفريضة واعلم ان مجموع
المخارج سبعة لان الفرائض المذكورة في كتاب الله تعالى ستة ومخارجها خمسة اعداد
الاثنان والثلاثة والستة وذلك لاتحاد مخرج الثلث والثلثين وقد عرفت
ان الاختلاط الذي يكون في نوع واحد لا يقتضي مخرجا خارجا عن تلك الخمسة
وان الاختلاط بين النوعين يقتضي مخارج ثلاثة هي ستة واثني عشر واربعة
لكن الستة من تلك الخمسة فبقي اثنان واذا انضما الى الخمسة صار المجموع سبعة
اربعة مخارج منها لا يعول الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية اما الاثنين
فلان المسألة انما تكون من اثنين اذا كان فيها نصفان كزوج واخت لاب وام
او نصف وما بقي كزوج واخ لاب وام واما في الثلاثة فلان المخارج منها
اما ثلث وما بقي كام واخ لاب وام واما ثلثان وما بقي كبنتين واخ لاب وام
واما ثلث وثلثان كاختين لام واختين لاب وام واما في الاربعة
فلان ما يخرج منها اما ربع وما بقي كزوج وابن او ربع ونصف وما بقي
كزوج وبنت واخ لاب وام او ربع وثلث الباقي وما بقي كزوجة وابوين
واما في الثمانية فلان المخارج منها اما ثمن وما بقي كزوجة وابن او ثمن ونصف
وما بقي كزوجة وبنت واخ لاب وام فلا عول في شيء من مسائل هذه المخارج
الاربعة لعدم الاحتياج اليه وثلثة منها تعول اذا احتيج الى العول الستة تعول الى عشرة وترا
وشفعا يعني تعول بزيادة سدسها الى سبعة فيما اذا اجتمع نصف وثلثان
كزوج واختين لاب وام او اجتمع نصفان وسدس كزوج واخت
لاب وام واخت لاب وتعول بثلثها الى ثمانية فيما اذا اجتمع نصف وثلثان
وسدس كزوج واختين لاب وام وام او اجتمع نصفان وثلث
كزوج واخت لاب وام واختين لام وتعول بنصفها الى تسعة اذا
اجتمع نصف وثلثان وثلث كزوج واختين لاب وام واختين لام
او اجتمع نصفان وثلث وسدس كزوج واخت لاب وام واختين
لام وام وتعول بثلثيها الى العشرة اذا اجتمع نصف وثلثان وثلث
وسدس كزوج واختين لاب وام واختين لام وام

وهذه المسئلة تسمى شريحية اذ قضى فيها شريح بان للزوج ثلاثة من عشرة
فجعل الزوج يطوف في البلاد ويسال الناس عن امراة خلفت زوجا ولم تترك
ولدا ولا ولد ابن ماذا نصيب الزوج وكانوا يقولون النصف فيقول
لم يعطني شريح نصفا ولا ثلثا فبلغه ذلك فطلبه وقال للرسول قل له قد بقي
لك عندنا شيء فلما اتاه عزره فقال انت تشنع على القاضي وتنسب الفقهاء
بالجور الى الفاحشة فقال الرجل اهذا الذي بقي لي عندك وانشد هذا البيت

وخوله ان الظلم لوم ۞ ومازال المسيء هو الظلوم
الى ديان يوم الدين نمشي ۞ وعند الله يجتمع الخصوم

فلما سمع شريح ذلك قال انشاء القول وكتمت العول وقد سبقني بهذا
الحكم امام عادل وورع اراد به رحمه الله عمر رضي الله عنه ۞
والاثنا عشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا يعني تعول بنصف سدسها
الى ثلاثة عشر فيما اذا اجتمع ربع وثلثان وسدس كزوجة واختين لاب وام
واخت لام وتعول بربعها الى خمسة عشر فيما اذا اجتمع ربع وثلثان وسدسان
كزوجة واختين لاب وام واخت لام وام وتعول بسدسها وربعها الى سبعة
عشر فيما اذا اجتمع ربع وثلثان وثلث وسدس كزوجة واختين لاب
واختين لام وام والاربعة والعشرون تعول الى سبعة وعشرين عولا واحدا
في المسئلة المنبرية التي اجتمع فيها الثمن والثلثان والسدسان وهي امراة
وبنتان وابوان وانما سميت منبرية لانها سئل عنها علي كرم الله وجهه
على منبر الكوفة فاجاب عنه ببديهة فقال السائل صار ثمنها التسع للزوجة
الثمن فقال رضي الله عنه صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته وتعجبوا من فطنته
قيل وكان علي كرم الله وجهه ورضي الله عنه فارسا في علم الحساب غاية الفراسة
حتى روي ان نصرانيا جاء اليه فقال انكم تقرؤن في كتابكم ثلثمائة سنين وازدادوا
ونحن نجد في كتابنا ثلثمائة سنين فلا يستقيم هذا فخالف كتابنا كتابكم
فقال علي رضي الله عنه هذا مستقيم لان ثلثمائة سنين في كتابكم على حساب اليونان
وفي كتابنا على حساب العرب وثلثمائة سنين في حساب اليونان تسعين
على حساب العرب ثلثمائة سنين وتسع فتعجب النصراني من جوابه على البداهة
وآمن ولهذا قيل ان عليا رضي الله عنه كان معجزة من معجزات النبي صلى الله عليه وسلم
لانه مع تبحره في العلوم وشجاعته في الحرب كان منقادا ومطيعا لرسول الله صلى
الله عليه وسلم ومقرا بنبوته فكان معجزة من معجزاته اي معجزة وهذا
كما قيل ان ابا بكر كان معجزة من معجزاته صلى الله عليه وسلم كذا
في حاشية العجم على شرح الفاضل الشريف نقلا عن شرح خواهرزاده
ولا يزاد عول اربعة وعشرين على سبعة وعشرين الا عند ابن مسعود رضي الله عنه
فان عنده يعول اربعة وعشرون الى احد وثلثين بزيادة سدسها وثمنها ۞
كامراة وام واختين لاب وام واختين لام وابن محروم اذ عنده رضي الله عنه
يحجب هذا الابن الزوجة من الربع الى الثمن فالمسئلة عنده من اربعة وعشرين
لاختلاط الثمن من النوع الاول بكل النوع الثاني وانما عالت الى
احد وثلثين اذ للزوجة الثمن وهو ثلاثة وللام السدس وهو اربعة
وللاختين لاب وام الثلثان اعني ستة عشر وللاختين لام الثلث وهو
ثمانية فالمجموع احد وثلثون وعنده عزر هذه المسئلة من اثني عشر
تعول الى سبعة عشر والدليل على انحصار العول فيما ذكر من الاصول
استقراء صور اجتماع الفروض كما لا يخفى ۞

والرد ضد

والرد ضد العول اذ بالعول ينتقص سهام ذوي الفروض
ويزداد اصل المسئلة وبالرد يزداد السهام وينتقص اصل المسئلة
وذلك بان لا يستغرق السهام الفريضة مع عدم المستحق العصبة
فيرد الباقي على ذوي السهام سوى الزوجين بقدر سهامهم
ولا يرد على الزوجين اصلا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا
وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه لا يرد الفاضل على ذوي الفروض
بل هو لبيت المال وبه اخذ عروة والزهري ومالك والشافعي رحمهم الله تعالى
لكن المحققين من اصحاب الشافعي قالوا ان لم ينتظم بيت المال يرد الفاضل
على ذوي الفروض بنسبة فروضهم وان كان لبيت المال وروي عن
ابن عباس رضي الله عنهما انه لا يرد على ثلاثة الزوجين والجد وقال عثمان بن
عفان رضي الله عنه يرد على الزوجين ايضا احتج من راى الرد ان الله تعالى
قدر نصيب اصحاب الفرائض بالنص فلا يجوز ان يزاد عليه لانه
تعد عن الحد الشرعي وقد قال الله تعالى ومن يعص الله ورسوله ويتعد
حدوده الآية وبان الفاضل عن فروضهم مال لا مستحق له فيكون لبيت
المال كما اذا مات بلا وارث اصلا اعتبارا للبعض بالكل
ولنا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
اي بعضهم اولى بميراث بعض بسبب الرحم فهذه الآية دلت على ان
استحقاقهم جميع الميراث بصلة الرحم وآية الميراث اوجبت استحقاق
جزء معلوم من المال لكل واحد منهم فوجب العمل بالآيتين بان
يجعل لكل واحد فرضه بتلك الآية ثم يجعل ما بقي مستحقا لهم للرحم
بهذه الآية ولهذا لا يرد على الزوجين لانعدام الرحم في حقهما ۞
وايضا لما دخل صلى الله عليه وسلم على سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه
يعوده قال سعد اما انه لا يرثني الا ابنة لي افاوصي بجميع المال الحديث
الى ان قال صلى الله عليه وسلم الثلث خير والثلث كثير ۞
فقد ظهر ان سعدا رضي الله عنه اعتقد ان البنت ترث جميع المال
ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ومنعه من الوصية بما زاد
على الثلث مع انه لا وارث له الا ابنة واحدة فدل ذلك على صحة القول
بالرد اذ لو لم تستحق الزيادة على النصف بالرد يجوز له الوصية بالنصف
وفي حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه صلى الله عليه وسلم ورث
الملاعنة جميع المال عن ولدها ولا يكون ذلك الا بطريق الرد ۞
فان كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من عدد رؤس سهامهم
عدد رؤسهم وذلك الجنس الواحد لان جميع المال لهم بالفرض والرد معا
ورؤسهم متماثلة فلا مزية لراس على آخر فاذا ترك الميت بنتين او اختين
او جدتين جعل المسئلة من اثنين واعطي كل واحد منهما نصف التركة
لتساويهما في الاستحقاق ورجوع جميع المال اليهما على السوية فيكون
القسمة على عدد الرؤس كما في العصبات اعني اذا ترك ابنين او اخوين مثلا
وايضا يقسم على عدد رؤسهم فيقسم الكل كذلك ابتداء قطعا للتطويل
وان كانوا اي من يرد عليه جنسين او اكثر من جنسين فمن عدد سهامهم
اي يجعل المسئلة من عدد سهامهم اي من مجموع سهام هؤلاء المجتمعين الماخوذة من مخرج المسئلة

فمن اثنين اي تجعل المسئلة من اثنين لو كان في المسئلة سدسان
كجدة واخت لام لان المسئلة من ستة والسهام منها اثنان فاجعل الاثنين
اصل المسئلة واقسم التركة عليها نصفين لكل واحدة منهما نصف المال
وتجعل من ثلاثة لو سدس وثلث كولدي الام مع الام
اذ المسئلة ايضا على هذا التقدير من ستة ومجموع السهام المأخوذة
للورثة المذكورة ثلاثة فاجعلها اصل المسئلة واقسم التركة
اثلاثا بعدد تلك السهام فلولدي الام ثلثا المال وللام ثلثه
وتجعل من اربعة لو سدس ونصف كبنت وبنت ابن
او بنت وام لان المسئلة ايضا من ستة ومجموع السهام المأخوذة
منها اربعة ثلاثة للبنت وواحد لبنت الابن او للام فاجعل المسئلة
من الاربعة واقسم التركة ارباعا ثلاثة ارباعها للبنت وربع منها
للام وبنت الابن وتجعل من خمسة لو ثلث ونصف كاخت لاب
واختين لام كاخت لاب وام او سدسان ونصف كبنت وبنت ابن وام
او ثلثان وسدس كبنتين وام فالمسئلة في هذه الصور الثلاث ايضا
من ستة والسهام التي اخذت منها ففي الصورة الاولى ولكون السهام
المأخوذة من الستة خمسة ايضا فللاخت من الابوين ثلاثة اسهم وللاختين
لام سهمان بينهما وكذا للام مع الاخت من الابوين سهمان فيجعل الخمسة
اصل المسئلة ويقسم التركة اخماسا واما في الصورة الثانية
فقد اجتمع اجناس ثلاثة وسهامهم المأخوذة من الستة خمسة ايضا ثلاثة منها
للبنت وواحد لبنت الابن وواحد للام فيقسم التركة عليهن اخماسا
بقدر سهامهن فللبنت ثلاثة اخماسها ولبنت الابن خمس وللام خمس
فيجعل الخمسة اصل المسئلة ايضا واما في الصورة الثالثة فللبنتين
سهام اربعة وللام سهم واحد فتجعل التركة ايضا اخماسا اربعة منها
للبنتين وواحد للام ففي كل ذلك تنقص المسئلة بجعل القسمة قسمة واحدة
الا ترى انك اذا اعطيت كل واحد من الورثة ما يستحقه من السهام
ثم قسمت الباقي من سهامهم بينهم بقدر تلك السهام صارت القسمة مرتين
ثم ان القسمة على الوجوه المذكورة ان استقامت على الورثة فذاك
وان لم تستقم كما اذا خلف بنتا وثلاث بنات ابن فللبنت ثلاثة اسهم
فيستقيم عليها ولبنات الابن سهم واحد فلا يستقيم عليهن
فكما تصحح المسئلة على قياس ما عرفت في التصحيح فيضرب الثلاثة
اعني عدد رؤس من انكسر عليه في اصل المسئلة وهي الاربعة فتصير
اثني عشر للبنت منها تسعة ولبنات الابن ثلاثة منقسمة عليهن بلا كسر
لان للبنت من اصل المسئلة ثلاثة فاذا ضربتها في المضروب اعني عدد رؤس
من انكسر عليهن تصير تسعة فهي حق البنات ولبنات الابن من اصل المسئلة
واحد فاذا ضربته في المضروب الذي هو عدد رؤس من انكسر عليهن تصير ثلاثة
وهي منقسمة عليهن بلا كسر فان كان يقول الفقير الخ وان كان
مع الاول اي مع الجنس الواحد ممن يرد عليه من لا يرد عليه كالزوج و
الزوجة اعطي فرضه اي فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه

ثم اقسم الباقي من ذلك المخرج على عدد رؤس من يرد عليه
اعني على ذلك الجنس الواحد كما كنت تقسم جميع المال على عدد رؤسهم
اذا انفردوا عمن لا يرد عليه فان استقام الباقي على عدد رؤس من يرد عليه
فبها ونعمت اذ لا حاجة الى الضرب كزوج وثلاث بنات فان اقل
مخارج من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج واحدا منها بقي ثلاثة وهي مستقيمة
على عدد رؤس البنات وهو نظير ما عرفت في باب التصحيح من انه ان كان
سهام كل فريق مستقيمة عليهم بلا كسر فلا حاجة الى الضرب والا
اي وان لم يستقم الباقي على عدد رؤس من يرد عليهم فان وافق رؤسهم
ذلك الباقي ضرب وفق رؤسهم اي رؤس من يرد عليهم في مخرج فرض من
لا يرد عليه فالحاصل تصح منه المسئلة كزوج وست بنات فان اقل مخرج
فرض من لا يرد عليه اربعة فاذا اعطيت الزوج واحدا منها بقي ثلاثة
ولا يستقيم على عدد رؤس البنات الست لكن بينهما موافقة بالثلث
فيضرب وفق عدد رؤسهن وهو اثنان في الاربعة فيبلغ ثمانية فللزوج
منها اثنان وللبنات ستة وان باين رؤسهم ذلك الباقي
ضرب كل رؤسهم اي رؤس من يرد عليهم فيه اي في مخرج فرض من
لا يرد عليه فالمبلغ الحاصل من ذلك الضرب تصح منه المسئلة كزوج
وخمس بنات هذه الصورة كالصورتين السابقتين اصل المسئلة فيهما من
اثني عشر لاجتماع الربع والثلثين لكن يرد مثلها الى الاربعة التي هي اقل
مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا الزوج منها واحدا بقي ثلاثة
ولا يستقيم على البنات الخمس بل بينهما وبين عدد الرؤس مباينة فنضرب
كل عدد رؤسهن في مخرج فرض من لا يرد عليه اي الاربعة فيحصل عشرون
فمنها تصح المسئلة اذ كان للزوج واحد ضربناه في المضروب الذي هو خمسة
فكان خمسة فاعطيناه اياه وكان للبنات ثلاثة ضربناه في الخمسة
فصار خمسة عشر فلكل واحدة منهن ثلاثة وان كان مع الثاني
اي مع اجتماع جنسين ممن يرد عليه من لا يرد عليه قسم الباقي من مخرج
فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه فان استقام الباقي من ذلك
المخرج على هذه المسئلة فبها ونعمت ولا حاجة الى الضرب لان
الباقي حق من يرد عليهم بقدر سهامهم فيقسم على مسئلتهم فما اصاب
سهما واحدا فهو لصاحب ذلك السهم وما اصاب سهمين فهو لصاحبهما
فان استقام الباقي على مسئلتهم لم يحتج هنا الى العمل في ذلك
نعم يمكن ان يستقيم على مسئلتهم ولا يستقيم ما اصاب كل جنس
على عدد رؤسهم فيحتاج هناك الى الضرب كما ستعرفه ان شاء الله تعالى
كزوجة واربع جدات وست اخوات لام فان اقل مخرج فرض من لا يرد عليه اربعة
فاذا اخذت الزوجة واحدا منها بقي ثلاثة وهي ههنا مستقيمة على مسئلة من يرد عليه
لانها ايضا ثلاثة لان حق الاخوات لام الثلث وحق الجدات السدس
فللاخوات سهمان وللجدات سهم واحد ففي هذه الصورة استقام الباقي
على مسئلة من يرد عليه لكن نصيب الجدات لا ربع واحد فلا يستقيم عليهن
بل بينهما مباينة فحفظنا عدد رؤسهن باسره وكذا نصيب
الاخوات الست اثنان فلا يستقيمان عليهن

لكن بين عدد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرددنا عدد رؤوس الاخوات
الى النصف وهو ثلاثة ثم طلبنا الموافقة بين اعداد الرؤوس والرؤوس
فلم نجدها فضربنا وفق رؤوس الاخوات وهو الثلاثة في كل عدد رؤوس
الجدات وهو الاربعة فحصل اثنا عشر ثم ضربناه في الاربعة التي هي مخرج
فرض من لا يرد عليه فحصل ثمانية واربعين فمنها تصح المسئلة كان
للزوجة واحد ضربناه في المضروب الذي هو اثنا عشر فلم يتغير
فاعطيناه الزوجة وكان للجدات ايضا واحد ضربناه في المضروب
فكان اثنا عشر فلكل واحد منهن ثلاثة وكان للاخوات
لاب وام اثنان فضربناهما فيه فبلغ اربعة وعشرين فلكل واحد منهن ثلاثة
وكان للاخوات لام اثنان فضربناهما فيه فبلغ اربعة وعشرين
فلكل واحد منهن اربعة وان كان لم يستقم ما بقي من مخرج فرض
من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه ضرب جميع مسئلتهم اي مسئلة من يرد عليه
في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ الحاصل بهذا الضرب مخرج فرض
الفريقين يعني فريق من يرد عليه ومن لا يرد عليه كاربع زوجات
وتسع بنات وستة جدات اصل هذه المسئلة على ما سلف من اربعة وعشرين
لاختلاط الثمن بالثلثين والسدس لكنها ردية فرددناها الى اقل مخرج فرض
من لا يرد عليه وهو الثمانية فاذا دفعنا ثمنها الى الزوجات بقي سبعة
فلا يستقيم على الخمسة التي هي مسئلة من يرد عليه ههنا لان الفرضين ثلثان وسدس
لما عرفت آنفا والسبعة لا يستقيم على الخمسة بل بينهما مباينة فتضرب
جميع مسئلة من يرد عليه اعني الخمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو الثمانية
فبلغ اربعين فهذا المبلغ مخرج فرض الفريقين واذا اردت ان تعرف
حصة كل واحد من الفريقين من هذا المبلغ الذي هو مخرج فرض الفريقين
فطريقه ما اشار اليه بقوله ثم يضرب سهام من لا يرد عليه من اقل مخارج فرضه
في مسئلة من يرد عليه فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المزبور
وذلك لانا نضرب مسئلة من يرد عليه في اقل مخارج فرض من لا يرد عليه
فيكون الحاصل من ضرب سهامه من هذا الاقل في المضروب الذي هو تلك
المسئلة حصته من المبلغ الذي حصل من ضرب هذا المضروب في المخرج الاقل
ويضرب سهام من يرد عليه من مسئلتهم فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه
ويصحح بالاصول الآتية فيكون الحاصل نصيب ذلك الفريق ممن يرد عليه
وذلك لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو في الباقي من مخرج فرض من
لا يرد عليه بقدر سهامهم ففي المسئلة المذكورة للزوجات من ذلك المخرج
واحد فاذا ضربناه في الخمسة التي هي مسئلة من يرد عليه كان الحاصل خمسة
فهي حق الزوجات من الاربعين وللبنات من مسئلة من يرد عليه اربعة
فاذا ضربناها فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة بلغ ثمانية
وعشرين فهي لهن من الاربعين وللجدات من مسئلة من يرد عليه واحد
فاذا ضربناه في السبعة كان سبعة فهي للجدات فقد استقام
بهذا العمل فرض من لا يرد عليه وفرض كل فريق ممن يرد عليه
وان لم يستقم على آحاد كل فريق فيصحح هنا بالاصول التي مضت في التصحيح
فعليك بالتصبر والتدبر فيها

ذوو الارحام

فصل في ذوي الارحام

ذو الرحم هو في الاصل وعاء الولد في البطن ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد
فذو الرحم في الشريعة قريب ليس بعصبة ولا ذي سهم مقدر في كتاب الله تعالى وسنة رسوله
واجماع الامة ويرث هو كما يرث العصبة عند عدم ذي السهم الا اذا كان
ذو السهم احد الزوجين فيرث معه بعد اخذ فرضه لعدم الرد عليه يعني الفقير لا يكفي
في ارثه عند عدم ذي السهم بل يلزم فيه عدم العصبة ايضا ففي توريثه اختلاف
فمن انفرد منهم ليس بصاحب فرض بل يكون اولى احرز جميع المال لكن عامة الصحابة
كعمر وعلي وابن مسعود وابي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وابن عباس
في رواية عنه مشهورة وغيرهم رضي الله تعالى عنهم يرون توريث ذوي الارحام وتابعهم في
علقمة وابرهيم وشريح والحسن وابن سيرين وعطاء ومجاهد وطاوس ومسروق
وجابر بن زيد رحمهم الله تعالى وبه قال ابو حنيفة واصحابه ابو يوسف ومحمد وزفر
رحمة الله عليهم وقال زيد بن ثابت وابن عباس في رواية شاذة عنه لا ميراث لذوي الارحام
ويوضع المال عند عدم اصحاب الفرائض والعصبات في بيت المال وتابعهما في ذلك
سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وبه قال مالك والشافعي ودليل الطرفين
مذكور في شرح الفاضل الشريف على الفرائض السراجية ان شئت فراجعه
ويرجحون بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة لان ارثهم بطريق العصوبة في الحقيقة
فيقدم الاقرب على الابعد ومن له قوة القرابة على غيره في كل صنف منهم كما في العصبات
ثم يكون لاصل وارث عند اتحاد الجهة يعني اذا استووا في الدرجة وقوة القرابة
واتحد الجهة فمن يدلي بوارث اولى من كل صنف كبنت بنت الابن اولى
من ابن بنت البنت وابن بنت ابن اولى من ابن بنت بنت لان الوارث
اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه في استحقاق الارث فكان من يدلي به
وللقوة تأثير في التقديم الا بين بني الاعمام بنو الاعيان على بني العلات لهذا المعنى
وان اختلفت جهة القرابة فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث
يعني اذا كان بعض ذوي الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام بعد الاستواء
في الدرجة وقوة القرابة مثاله ابو ام الاب وابو ابي الام كان لمن هو من جهة
الاب الثلثان ومن جهة الام الثلث لان قرابة الاب اقوى ولان الذين يدلون
بالاب يقومون مقامه والذين يدلون بالام يقومون مقامها فيجعل المال اثلاثا
كأنه ترك ابوين وهذا لا يتصور في الفروع وانما يتصور في الاصول والعمات
والخالات ثم يعتبر الترجيح في كل فريق كما لو انفرد يعني اذا كان
لابي الميت جدتان من جهتين وكذلك لامه فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام
الثلث كما لو انفرد ثم ما اصاب قوم الاب ثلثاه لقرابته من جهة ابيه وثلثه لقرابته
من جهة امه وكذلك ما اصاب قوم الام كما لو انفرد ايضا وروى الحسن عن ابي حنيفة
ما اصاب قوم الاب كله لقرابته من قبل ابيه وما اصاب قوم الام فلقرابته من قبل
امه ايضا مثاله ابو ام ابي الاب وابو ابي ام الاب وابو ام ابي الام وابو ابي ام الام
وعند الاستواء في القرب والقوة والجهة للذكر مثل حظ الانثيين
لان الاصل في المواريث تفضيل الذكر على الانثى وانما ترك هذا الاصل في الاخوة
والاخوات لام بالنص على خلاف القياس لقوله تعالى فهم شركاء في الثلث
وما كان مخصوصا عن القياس لا يلحق به ما ليس في معناه في جميع الوجوه
وليسوا في معناهم من كل وجه اذ لا يرثون بالفرضية شيئا فيجري فيهم
ذلك الاصل وايضا توريث ذوي الارحام بمعنى العصوبة فيفضل
منهم الذكر على الانثى كما في حقيقة العصوبة

اقوى

الثلث

وتعتبر ابدان الفروع ان اتفقت الاصول وكذا ان اختلفت عند ابي يوسف يعني ان استوت درجاتهم في القرب ولم يكن منهم مع ذلك الاستواء ولد وارث كبنت ابن البنت وابن بنت البنت او كان كلهم ولد وارث كابن البنت وبنت البنت فعند ابي يوسف في قوله الاخير والحسن بن زياد يعتبر ابدان الفروع المتساوية الدرجات ويقسم المال عليهم باعتبار حال ذكورتهم وانوثتهم سواء اتفقت الاصول في الذكورة والانوثة كما في المثال الذي ذكرناه لا ولد لكلهم بولد وارث او اختلفت كما في المثال الذي ذكرناه لكونهم كلهم ولد الوارث فان كانت الفروع ذكوراً فقط او اناثاً فقط تساووا في القسمة وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتبر في القسمة صفات اصولهم اصلاً وهو رواية شاذة عن ابي حنيفة رح وعند محمد يعتبر ابدان الفروع ان اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة موافقاً لابي يوسف في قوله الاخير والحسن بن زياد كما اذا ترك الميت ابن بنت وبنت بنت كان عند ابي يوسف والحسن المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار ابدان الفروع وصفاتهم فثلثا المال لابن البنت وثلثه لبنت البنت وعند محمد يكون المال بينهما كذلك لان صفة الاصول متفقة في الانوثة فيعتبر عنده ايضا ابدان الفروع

ويأخذ الصفة من الاصول والعدد من الفروع ان اختلفت صفاتهم ويعطى الفروع ميراث الاصول مخالفاً لهما وهو القول الاول لابي يوسف واشهر الروايتين عن ابي حنيفة رح كما اذا ترك بنت ابن بنت وابن بنت بنت فعندهما المال بين الفروع اثلاثاً باعتبار الابدان ثلثاه للذكر وثلثه للانثى كما في الصورة السابقة وعند محمد يكون المال بين الاصول اعني في البطن الثاني الذي هو اول ما وقع الاختلاف فيه بالذكورة والانوثة وهو ابن البنت وبنت البنت اثلاثاً ثلثاه لبنت ابن البنت لان ذلك نصيب ابيها وقد انتقل اليها وثلثه لابن بنت البنت فانه نصيب امه وقد انتقل اليه واما كان في اولاد البنات المتساوية في الدرجة بطون مختلفة يقسم المال على اول بطن وقع فيه الاختلاف اي اختلاف الاصول بالذكورة والانوثة للذكر مثل حظ الانثيين ثم يجعل الذكور من ذلك البطن طائفة على حدة ويجعل الاناث ايضا طائفة اخرى على حدة بعد القسمة على الذكور والاناث فيقسم نصيب كل طائفة على اول بطن اختلف كذلك ان كان فيما بينهما اختلاف والا اي وان لم يكن فيما بينهما اختلاف في الذكورة والانوثة بان يكون جميع ما توسط بينها ذكوراً فقط او اناثاً فقط دفع حصة كل اصل الى فرعه وبقول محمد يفتى وان شئت تفصيل هذا المقام وتوضيحه بمثال فارجع الى شروح الفرائض خصوصاً الى شرح الفاضل الشريف مجد شعار الصدر يعوز الله العفو

ويقدم جزء الميت وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن وان سفلن ثم يقدم اصله اي اصل الميت وهم الاجداد الفاسدون وان علوا كابي ام الميت وابي ابي امه والجدات الفاسدات وان علون كام ابي ام الميت وام ام ابي امه ثم يقدم جزء ابيه وهم اولاد الاخوات وان سفلوا سواء كانت تلك الاولاد ذكوراً او اناثاً وسواء كانت الاخوات لاب وام او لاب او لام وبنات الاخوة وان سفلن سواء كانت الاخوة من الابوين او من احدهما ثم يقدم جزء جده وهم العمات والخالات والاخوال والاعمام لام فانهم اخوة لابيه من امه واعتبرناهم كونهم لام لان العم من الابوين او من الاب عصبة وبنات الاعمام مطلقا ثم اولاد هؤلاء ثم جزء جدي ابيه او امه وهم عمات الاباء والامهات وخالاتهما واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام وبنات اعمامهما واولاد اعمام الام فان جميعها من ذوي الارحام وروى ابو سليمان عن محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رح ان اقرب الاصناف الى الميت واقدمهم في الوراثة عنه هو الصنف الثاني وهم الفاسدون من الاجداد والجدات وان علوا ثم الصنف الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم الرابع وان بعدوا وتابعه في ذلك عيسى بن ابان والاول هو الماخوذ للفتوى وعند ابي يوسف ومحمد الصنف الثالث وهم اولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنو الاخوة لام مقدم على الجد ابي الام وتفصيله ودليل الطرفين في شروح الفرائض

فصل الغرقى

فصل

والغرقى جمع الغريق في الماء والهدمى يعني الطائفة التي هدم عليهم جدار وكذلك الحرقى اذا لم يعلم ايهم مات اولاً كما اذا غرقوا في السفينة معاً او وقعوا في النار دفعة او سقط عليهم جدار او سقف بيت معاذ الله تعالى من ذلك او قتلوا في المعركة ولم يعلم المتقدم والمتاخر في موتهم جعلوا كانهم ماتوا معاً ويقسم مال كل على ورثته الاحياء ولا يرث بعض هؤلاء الاموات من بعض هذا هو المختار عندنا وعند مالك رح نص عليه في الموطا وكذا عند الشافعي رح وهو مروي عن ابي بكر وعمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وقال علي كرم الله وجهه وابن مسعود يرث بعضهم من بعض الا مما ورث كل واحد من مال صاحبه فانه لا يرث منه ولو لزم ان يرث كل واحد من ماله نفسه ولا شك في بطلانه والوجه في ذلك ان سبب استحقاق كل واحد منهما ميراث صاحبه هو حياته بعد موت صاحبه وقد عرفنا حياته بيقين فيجب ان يستصحب وسبب الحرمان موته قبل موته وهو مشكوك فيه فلا يثبت الحرمان بالشك الا بينا ورثة كل منهما من صاحبه لاجل الضرورة وهي ان نورث احدهما من صاحبه يتوقف على الحكم بموت صاحبه قبله فلا يتصور ان يرث صاحبه منه لكن ما ثبت للضرورة كمن تيقن بالطهارة وشك في الحدث ولنا ان سبب استحقاق كل منهما ميراث صاحبه غير معلوم يقينا وما لم يتيقن بالسبب لم يثبت الاستحقاق اذ لا يتصور ثبوته بالشك وقد روي عن خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه انه قال امرني ابو بكر الصديق بتوريث اهل اليمامة فورثت الاحياء من الاموات ولم اورث بعضهم من بعض واهل اليمامة هم الذين قاتلوا مع مسيلمة الكذاب وقد وقع في تلك الحرب قتل عظيم من الجانبين وكان في خلافة ابي بكر الصديق حيث بعث الى قتال مسيلمة خالد بن الوليد مع عسكر المسلمين وروي ايضا عن ابيه انه قال امرني عمر رضي الله عنه بتوريث طاعون عمواس وكادت القبيلة تموت باسرها فورثت الاحياء من الاموات ولم اورث الاموات بعضهم من بعض وطاعون عمواس طاعون عظيم مشهور بين العرب وقع في ايام عمر رضي الله عنه بل لم يقع فيهم طاعون مثله وهكذا نقل عن علي كرم الله وجهه في قتلى الجمل وصفين

واذا اجتمع ابنا عم احدهما اخ لام وقد تقرر تصويره فللاخ لام السدس بالفرض ثم اقتسما اي ابنا العم الباقي عصوبة ولا يرث المجوسي بالانكحة الباطلة يعني اذا تزوج امه او غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح اما عندهما فظ لان النكاح لم يصح واما عند ابي حنيفة رح فلانه وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا اسلم فكان كالفاسد كذا في الزيلعي يقول الفقير فيه بحث تدبر وان اجتمع فيه اي في المجوسي قرابتان لو انفردتا يقول الفقير الظ لو انفردت اي القرابتان في شخصين ورث ان الشخصان بهما اي بالقرابتين يورث ذلك المجوسي الذي اجتمع فيه قرابتان وان كانت احديهما اي احدى القرابتين تحجب الاخرى يرث بالحاجبة يعني لو اجتمعت في المجوسي قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجب احدهما الاخر يرث بالحاجبة وان لم تحجب يرث بالقرابتين كما اذا تزوج المجوسي امه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على انه ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان الابن ترث الثلثين منها النصف على انها بنت والسدس على انها بنت الابن تكملة للثلثين وترث من ابيها على انها بنته ولا ترث على انها اخت من ام له لان الاخت تسقط بالبنت

ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من ابيها النصف على انها بنت وترث الباقي على انها عصبة
لانها اخته من ابيها وهي عصبة مع البنت وان مات ابوها ترث النصف على انها بنت
ولا ترث على انها بنت بنت لانها من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود البنت
وهذا قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا وفي رواية عن ابن مسعود وزيد
بن ثابت لا يرث بالقرابتين واكدهما اي باقواهما وبه اخذ مالك والشافعي رحمهما الله
والصحيح الاول لان فيه اعمال السبب ولا يجوز ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب
ولم يوجد فيأخذ بالجهتين الا يرى ان المسلم يرث بالجهتين اذا اتفق له ذلك كما في
التي تقدمت على مسئلة المجوس فكذا الكافر اذ هو لا يخالف المسلم في سبب
الملك كالشراء ونحوه بخلاف الاخ لاب وام حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث
الفرض على انه اخ من ام لانه ليس فيه اختلاف الجهة لانه يرث بالاخوة وهي جهة
واحدة فلا تصلح للاستحقاق بها بل للترجيح فيعتبر عند تزاحم من هو دونه في
القوة كالاخ لاب ويوقف للحمل نصيب ابن واحد هو المختار وعليه الفتوى
وذلك لان المعتاد في الغالب ان لا تلد المرأة من بطن واحد الا ولدا واحدا فيبنى
الحكم عليه ما لم يعلم خلافه وذكر في فتاوى سمرقند ان الولادة ان كانت
قريبة توقف القسمة لمكان الحمل اذ لو عجلت لربما تنقض بظهور الحمل على خلافه
وان كانت بعيدة لم توقف اذ فيه اضرار بباقي الورثة ولم يتعين
للتعجيل بل احيل على العادة وقيل هو ما دون الشهر بناء على انه لو حلف
ليقضين حق فلان عاجلا كان محمولا على ما دون الشهر وفي واقعات الناطفي
انه يقسم التركة ولا يعزل نصيب الحمل اذ لا يعلم ان ما في البطن حمل او
فان ولدت تستأنف القسمة وعند الشافعي انه لا يدفع الى احد من الورثة
شيء الا من كان له فرض لا يتغير بتعدد الحمل وعدم تعدده فانه يدفع اليه فرضه
ويترك الباقي الى ان ينكشف الحال وعند ابي يوسف يوقف للحمل نصيب ابنين وهو
رواية عن محمد لان ولادة الاثنين معتادة يقول الفقير ما ذكر في سائر الكتب ان قول ابي يوسف
هو ان يوقف نصيب ابن وذلك القول رواية عنه فحينئذ المناسب للمصنف
ان يقول وعن ابي يوسف دون ان يقول وعند ابي يوسف والفرق بينهما
ظاهر مكشوف بتدبر وفي رواية ابن المبارك عن الامام انه يوقف له نصيب
اربعة بنين او اربع بنات ايهما اكثر وذلك للاحتياط
قال شريك النخعي رأيت بالكوفة لابي اسمعيل اربعة بنين في بطن واحد
ولم ينقل من الحمل منذ ان امرأة ولدت اكثر من ذلك فاكتفينا به
وعند محمد انه يوقف نصيب ثلاثة بنين رواه عنه ليث بن سعد
وان خرج اكثره اي اكثر الولد حيا ومات ورث لان للاكثر له
حكم الكل فكأنه خرج كله حيا والاصل في ذلك ما رواه جابر رضي الله عنه
من انه صلى الله عليه وسلم قال اذا استهل الصبي ورث وصلي عليه
وان خرج اقله حيا ثم مات فلا يرث لانه لما خرج اكثره ميتا فكأنه خرج كله ميتا فلا يرث
والضابطة في خروج الاكثر او الاقل انه ان خرج الولد مستقيما وهو ان يخرج
رأسه اولا فالمعتبر صدره يعني اذا خرج صدره كله وهو حي يرث اذ قد خرج اكثره
وان خرج اقل من ذلك لم يرث وان خرج منكوسا وهو ان يخرج رجلاه اولا
فالمعتبر سرته فان خرجت سرته وهو حي يرث اذ قد خرج اكثره حيا
وان لم يخرج السرة لم يرث كذا في الفرائض

فصل في المناسخة

فصل في المناسخة

هي مفاعلة من النسخ بمعنى النقل والتحويل والمراد بها ههنا ان ينقل
نصيب بعض الورثة بموته قبل القسمة الى من يرث منه ومن هذا قال
المناسخة ان يموت بعض الورثة قبل القسمة فيصحح المسئلة الاولى
بالقواعد المبسوطة في التصحيح فاعط سهام كل وارث من هذا
التصحيح ثم صحح المسئلة الثانية بتلك القواعد ايضا ثم انظر
بين ما في يده من التصحيح الاول وبين التصحيح الثاني وثلاثة احوال
وهي المماثلة والموافقة والمباينة فان استقام نصيب الميت الثاني
من فريضة الميت الاول على مسئلته فبها ونعمت لان التصحيح الاول
ههنا بمنزلة اصل المسئلة هنالك والتصحيح الثاني ههنا بمنزلة رؤوس
المقسوم عليهم وما في يد الميت الثاني بمنزلة سهامهم من اصل
المسئلة ففي صورة الاستقامة تصح المسئلتان من التصحيح الاول
مثاله ابن وبنت مات الابن عن ابنين يقسم نصيب الميت الثاني وهو
الابن على ابنيه بلا كسر والا اي وان لم يستقم نصيب الميت
الثاني من فريضة الميت الاول على مسئلته فاضرب وفق التصحيح الثاني
في جميع التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته مثاله زوج وبنت
وام ماتت البنت قبل القسمة وخلفت ابنين وبنتا وجدة والمسئلة الاولى ردية
لان اصلها اثنا عشر لاجتماع الربع والنصف والسدس فاذا
اخذ الزوج ثلاثة والبنت ستة والام اثنين بقي منها واحد فيجب
رده على البنت والام بقدر سهامهما فاذا رددنا المسئلة الى اقل مخرج
من لا يرد عليه صارت اربعا فاذا اخذ الزوج منها واحدا بقي ثلاثة
فلا تستقيم على الاربعة التي هي سهام البنت والام بل بينهما مباينة
فيضرب هذه السهام التي هي بمنزلة الرؤوس في ذلك الاقل فيحصل ستة
عشر فللزوج منها اربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة فصح المسئلة الاولى
وما في يد البنت من التصحيح الاول وهو تسعة لا يستقيم على مسئلتها وهي
من ستة وبينهما موافقة بالثلث فيضرب ثلث الستة وهو اثنان في
ستة عشر فالمبلغ وهو اثنان وثلاثون مخرج المسئلتين فمن كان له
سهام من ستة عشر اعني ورثة الميت الاول يضرب سهامه تلك في وفق مسئلة
البنت وهو اثنان فيكون ما حصل نصيبه ومن كان له سهام من ستة
اعني ورثة الميت الثاني يضرب سهامه تلك في وفق ما كان في يد الميت
وهو ثلاثة فما حصل كان نصيبه وقد كان لام الميت الاول من ستة
عشر ثلاثة نضرب في اثنين يبلغ ستة فهي لها وكان للزوج منها اربعة
نضرب في اثنين يحصل ثمانية فهي له وكان لكل واحد من ابني الميت سهمان
من مسئلتها وهي الستة فاذا ضربناه في الثلاثة صار ستة فهي له وكان لبنتها من مسئلتها سهم واحد
فاذا ضربناه في الثلاثة كان ثلاثة فهي لها وكان لجدتها من مسئلتها ايضا واحد نضربه في ثلاثة
فهي لها وقد كان لها باعتبار كونها اما للميت اولا ستة من اثنين وثلاثين فيحصل لها تسعة

والا اى وان لم يوافق نصيبه مسئلته فاضرب كل التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين كما اذا ماتت فى المثال المذكور الجدة التى هى ام المرأة المتوفاة اولاً وخلفت زوجاً واخوين فان ما فى يدها تسعة كما عرفت آنفاً وتصحيح مسئلتها من اربعة وبين التسعة والاربعة مباينة فاضرب الاربعة فى التصحيح السابق اعنى اثنين وثلاثين يبلغ مائة وثمانية وعشرين فهى مخرج المسئلتين فمن كان له نصيب من الاثنين والثلاثين يضرب نصيبه فى الاربعة التى هى مسئلة الجدة ومن كان له نصيب من الاربعة يضرب نصيبه منها فى جميع ما كان فى يد الجدة وهى التسعة فنقول كان لكل واحد من ابنى الميت التى ماتت وهى بنت الميت الاول ستة من العدد المذكور يضربها فى الاربعة تبلغ اربعة وعشرين فهى لكل واحد منهما وكان لبنتها ثلاثة من ذلك العدد فاذا ضربتها فى الاربعة يبلغ اثنى عشر فهى لها وكان للجدة التى ماتت من الاربعة التى هى مسئلتها سهمان فاذا ضربتهما فى التسعة التى كانت فى يدها يصير ثمانية عشر فهى له وكان لكل واحد من اخويها من مسئلتها سهم واحد تضربه فى التسعة فيكون تسعة فهى له فيكون لكل واحد منهما وان اردت ان تعرف نصيب كل واحد من الورثة من ذلك المبلغ فطريقه ما اشار اليه بقوله

ثم اضرب سهام ورثة الميت الاول من تصحيح مسئلته فى وفق التصحيح الثانى على تقدير الموافقة او فى كله على تقدير المباينة فيكون الحاصل من ضرب سهام كل وارث منهم فى هذا المضروب نصيبه من المبلغ المذكور والسبب فيه ان التصحيح الثانى ووفقه ههنا بمنزلة المضروب فى اصل المسئلة واضرب سهام ورثة الميت الثانى من تصحيح مسئلته فى وفق ما فى يده على تقدير الموافقة او فى كله على تقدير المباينة فهو اى الحاصل من الضرب نصيب كل فريق وذلك لان ورثة الميت الثانى انما هو يد تضاعف سهام كل واحد منهم مضروبة فيه فان مات ثالث من الورثة قبل القسمة فاجعل المبلغ الذى صح منه المسئلة الاولى والثانية فكان الاول والثالث كان الثانى فى العمل كان الميت الاول والثانى صارا ميتاً واحداً فيصير الميت الثالث ميتاً ثانياً وكذا تفعل ان مات رابع او خامس وهلم جرا الى غير النهاية فان تصحيح الميت الاول والثانى والثالث تصحيحاً واحداً صاروا كلهم ميتاً واحداً فيصير الميت الرابع ميتاً ثانياً وكذا الحال اذا صار تصحيح اربعة من الموتى تصحيحاً واحداً كانوا بمنزلة ميت واحد وصار الخامس ميتاً ثانياً وهكذا الى ما لا يتناهى وتفصيل هذا المقام وتوضيحه فى شرح الفرائض ان شئت فراجعها

باب حساب الفرائض

باب حساب الفرائض

الفروض نوعان الاول النصف ونصفه اى نصف النصف وهو الربع ونصفه وهو الثمن والنوع الثانى الثلثان ونصفهما اى نصف الثلثين وهو الثلث ونصف نصفهما وهو السدس وكذلك النسبة بينهما بالتضعيف لان الثمن اذا اضعف حصل الربع واذا ضعف الربع حصل النصف وكذلك السدس اذا ضعف صار ثلثاً واذا اضعف الثلث صار الثلثين ففى النوع الاول تارة يقال النصف ونصفه ونصف نصفه وهو الربع ونصف نصف النصف وهو الثمن وتارة يقال الثمن وضعفه اى الربع وضعف ضعفه اى النصف وكذلك فى النوع تارة يقال الثلثان ونصفه ونصف نصفه ويقال اخرى السدس وضعفه وضعف ضعفه والسبب انهم جعلوا الفروض الستة نوعين انهم طلبوا ما هو اقل من تلك المقادير فوجدوا الثمن الذى مخرجه الثمانية ووجدوا الربع والنصف خارجين منها بلا كسر فجعلوا هذه الثلاثة نوعاً واحداً ثم طلبوا اقل فرض بعد الثمن فوجدوا السدس الذى مخرجه ستة ووجدوا الثلث والثلثين خارجين منها بلا كسر فجعلوا هذه الثلاثة نوعاً اخر وقد يقال انما جعل النوع الاول اولاً لانه نصيب الاول المحجوبات من النساء من الزوجين لان نصيبهما لا يوجد الا فيه كذا فى شرح الفاضل الشريف وعورض بان اصل المحجوبات من النساء الابوان ونصيبهما مما لا يوجد الا فى النوع الثانى ثم ان اعتبار هذا اولى لانه ذاتى والزوجية عارضة يحل الشرايع كذا قاله ابن الكمال فى شرح فرائضه يقول الفقير اعتبار الزوجية اولى لانهما لم يحصل لهما ولد لم يتحقق اسم الابوية لهما فصفة الزوجية فيهما متقدمة على اسم الابوية فاعتبار الزوجية اولى تدبر فالنصف يخرج من اثنين والربع من اربعة والثمن من ثمانية والثلث من ثلاثة والسدس من ستة فان مخرج كل فرض من هذه الفروض سميه من الاعداد الربع سميه الاربعة والثمن سميه الثمانية والغلبة فى الثلثان سميهما الثلاثة الا النصف فانه من اثنين والاثنان ليس سمياً للنصف فاذا كان فى المسئلة النصف فقط كما فيمن خلف بنتاً واختاً لاب وام فهى من اثنين وان كان فيها الربع فقط كما فيمن ترك الزوج مع الابن كانت من اربعة وان كان فيها الثمن فقط كما فيمن ترك الزوجة والابن كانت من ثمانية وان كان فيها الثلث وحده كما اذا ترك اماً واخاً لاب وام او كان فيها الثلثان فقط كما اذا ترك بنتين وعماً فهى من ثلاثة وان كان فيها السدس فقط كما اذا ترك اباً وابناً واذا جاء فى المسائل من هذه الفروض مثنى او ثلاث وهما من نوع واحد فكل عدد يكون مخرجاً لكسر من ذلك النوع فذلك العدد ايضاً يكون مخرجاً لضعف ذلك الكسر ولاضعافه كالستة هى مخرج للسدس ولضعفه وهو الثلث ولضعف ضعفه وهو الثلثان وكالثمانية فانه مخرج للثمن ولضعفه اعنى الربع ولضعف ضعفه اعنى النصف وان اختلط النصف بالنوع الثانى كله اى النصف بالثلثين والثلث والسدس كما اذا تركت زوجاً واختين لاب وام او ببعضه كما اذا اختلط بالثلث فقط كما فيمن خلفت زوجاً واختين او اختلط بالثلثين فقط كما فيمن خلفت زوجاً واختين لاب وام او اختلط بالسدس كما اذا خلفت اماً وبنتاً او اختلط بالثلث والثلثين معاً كما اذا تركت زوجاً واختين او اختلط بالثلثين والسدس معاً كما اذا تركت زوجاً واختين لاب وام واماً او اختلط بالثلث والسدس معاً كما اذا تركت زوجاً واختين لام واماً فمن ستة اى فالمسئلة من ستة وذلك لان مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة وكلاهما داخلان فى مخرج النصف المختلط ببعض النوع الثانى على جميع الوجوه المذكورة وايضاً بين مخرج النصف والثلث مباينة فاذا ضرب احدهما فى الاخر حصل ستة

يكونان فى
عداد
من ثمانية
فهى من ستة
ثنية
لاب
وام واختين لام
فى الستة
فهى مخرج لهما

او اختلط الربع من النوع الاول بكل النوع الثاني اي بالثلثين والثلث والسدس
كما اذا خلف زوجة وامًا واختين لاب وام واختين لام وببعضه كما
اذا اختلط بالثلثين فقط كزوجة وبنتين او بالثلث فقط كزوجة وام
او بالسدس فقط كزوجة وواحد من اولاد الام او اختلط بالثلثين والسدس معًا
كزوجة وام واختين لاب وام او بالثلثين والثلث معًا كزوجة واختين لاب وام
واختين لام او بالثلث والسدس معًا كزوجة وام واختين لام فمن اثني عشر
اي فالمسئلة من اثني عشر وذلك لان مخرج اقل جزء من النوع الثاني هو السدس
وقد دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فاكتفينا بها مخرجًا للكل ثم اذا اخذنا مخرج الربع
وهو الاربعة وجدنا بينها وبين الستة موافقة بالنصف فضربنا نصف
احديهما في كل الاخرى فصار اثني عشر وايضًا مخرج الثلث والثلثين ثلاثة وهي
مباينة للاربعة فضربنا الكل في الكل فصار اثني عشر فهو مخرج هذه الفروض
المختلفة ومنه تخرج مسائلها المذكورة او اختلط الثمن من النوع الاول بكل
النوع الثاني اي بالثلثين والثلث والسدس وهذا الاختلاط انما يتصور
على رأي ابن مسعود رضي الله عنه لان المحروم يحجب عنده حجب النقصان
كما اذا ترك ابنا كافرًا وزوجة واما واختين لاب وام واختين لام
فان الابن المحروم يحجب عنده الزوجة من الربع الى الثمن واما على رأينا
فهو غير متصور لان الثمن اذا كان للمرأة وجب ان يكون صاحب
الثلثين بنتين وصاحب السدس اما او جدة ومع يعدم صاحب الثلث
لان صاحبه ام الام او اولاد الام وههنا قد حجبت ام الثلث الى السدس
واولادها قد حجبوا من جميع الثلث فيكون اختلاط الثمن بالثلثين
والسدس فقط دون الثلث او اختلط الثمن ببعضه كما اذا اختلط
بالثلثين والسدس معًا كزوجة وبنتين وام او بالثلث والسدس معًا
على رأي ابن مسعود رضي الله عنه ايضًا كزوجة وام واختين لام وابن
محروم او بالثلثين والثلث على رأيه ايضًا كزوجة واختين لاب وام و
اختين لام وابن محروم او اختلط بالثلثين فقط كزوجة وبنتين
او بالسدس فقط كزوجة وام وابن او بالثلث فقط على رأيه ايضًا
كزوجة واختين لام وابن محروم فمن اربعة وعشرين اي
فالمسئلة من اربعة وعشرين وبيان ذلك ان مخرج اقل جزء من النوع الثاني
هو الستة التي دخل فيها مخرج الثلث والثلثين فوجب الاكتفاء بها كما مر ثم وجد
وبين الستة ومخرج الثمن اعني الثمانية موافقة بالنصف فضربنا
نصف احديهما في كل الاخرى فحصل اربعة وعشرون
وايضًا بين مخرج الثلث والثلثين وهو ثلاثة وبين مخرج الثمن وهو ثمانية
مباينة فضربنا الكل في الكل فحصل ايضًا اربعة وعشرون فهذا
مخرج الفروض المختلطة بالثمن واذا انكسر سهام فريق عليهم اي على الرؤوس
من ذلك الفريق وباينت سهامهم اي سهام من انكسر عليهم عددهم فاضرب
عددهم في اصل المسئلة كامرأة واخوين اصل المسئلة اربعة فاذا اخذت
المرأة منها واحدًا بقي ثلاثة ولا يستقيم على الاخوين وبينهما مباينة فضربنا
الاثنين في اصل المسئلة فحصل ثمانية فللمرأة من اصل المسئلة واحد ضربناه في
الاثنين فلم يتغير فالاثنان من الثمانية للمرأة وللاخوين من اصل المسئلة ثلاثة
ضربناه في الاثنين فحصل ستة فلكل واحد ثلاثة من الثمانية

وان وافق

وان وافق سهامهم على عددهم فاضرب وفق عددهم في اصل المسئلة كامرأة وستة اخوة
اصل المسئلة اربعة فاذا اخذت المرأة واحدًا منها بقي ثلاثة ولا تستقيم على الستة
وبينهما موافقة بالثلث فضربنا وفق عددهم وهو اثنان في اصل وهو اربعة فيكون
ثمانية منها يصح كان للزوج واحد مضروب في اثنين فيكون اثنين فهما لها
وللاخوة ثلاثة في اثنين يكون ستة لكل واحد منهم سهم
وان انكسر سهام فريقين او اكثر ومما ثلث اعداد رؤوسهم فاضرب احد الاعداد
في اصل المسئلة حتى يصح به المسئلة على جميع الفرق كثلث بنات وثلاثة اعمام
اصل المسئلة ثلاثة اثنان منها للبنات وواحد للاعمام فينكسر على الفريقين لكن
بين اعداد رؤوس البنات واعداد رؤوس الاعمام تماثل فضرب عدد احدهما
وهو ثلاثة في اصل المسئلة فيكون تسعة منها يصح اذ الثلثان منها ستة
وهي حق البنات الثلاث فلكل واحد منها اثنان والباقي وهو ثلاثة للاعمام
فلكل واحد منهم سهم وان تداخلت الاعداد فاضرب اكثرها اكثر الاعداد
في اصل المسئلة حتى يحصل ما يصح به المسئلة كاربع زوجات وثلاث جدات
واثني عشر عمًا اصلها من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة ولا يستقيم عليها
وللجدات السدس سهمان ولا يستقيم عليها ايضًا وللاعمام الباقي وهو سبعة
ولا موافقة بين الاعداد والسهام لكن الاعداد متداخلة فنضرب اكثرها
وهو اثنا عشر في اصل المسئلة وهو اثني عشر فيكون مائة واربعة واربعين
منها يصح كما للزوجات ثلاثة مضروبة في اثني عشر فيكون ستة وثلاثين
فيكون لكل زوجة تسعة وللجدة سهمان مضروبان في اثني عشر فيكون
اربعة وعشرين فلكل جدة ثمانية وكان للاعمام سبعة في اثني عشر
فيكون اربعة وثمانين لكل عم سبعة وان وافق بعض الاعداد بعضًا فاضرب وفق احدها
في جميع الثاني ثم اضرب المبلغ في وفق الثالث ان وافق والا ففي جميعه ثم اضرب
المبلغ في الرابع كذلك اي في وفقه ان وافق والا ففي جميعه ثم اضرب
الحاصل في اصل المسئلة حتى يحصل ما يصح به المسئلة كاربع زوجات وخمس
عشرة جدة وثماني عشرة بنتًا وستة اعمام اصلها اربعة وعشرون للزوجات
الثمن ثلاثة ولا يستقيم عليها ولا توافق وللجدات السدس اربعة ولا يستقيم عليها
ولا توافق وللبنات الثلثان ستة عشر ولا يستقيم عليهن
وبين رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فرجع الى النصف وهي
تسعة وبقي للاعمام سهم فعندنا اربعة وخمسة عشر وتسعة وستة ثم
طلبنا بينها التوافق فوجدنا الاربعة موافقة للستة بالنصف فرددنا
احديهما الى نصفها وضربناه في الاخرى صار المبلغ اثني عشر وهو موافق للتسعة
بالثلث فضربنا ثلث احديهما في جميع الاخرى صار المبلغ ستة وثلاثين
وبين هذا المبلغ الثاني وبين خمسة عشر موافقة بالثلث ايضًا فضربنا ثلث
خمسة عشر وهو خمسة في ستة وثلاثين فحصل مائة وثمانون ثم ضربنا هذا المبلغ
الثالث في اصل المسئلة اعني اربعة وعشرين فصار الحاصل اربعة الاف
وثلاثمائة وعشرين ومنها تصح المسئلة اذ كان للزوجات من اصل المسئلة ثلاثة

ضربناه في المضروب وهو مائة وثمانون فحصل خمسمائة واربعون فلكل من الزوجات
الاربع مائة وخمسة وثلاثون وكان للبنات الثماني عشرة ستة عشر فضربناها في ذلك
المضروب فصار الفين وثمانمائة وثمانين فلكل واحدة منهن مائة وستون
وكان للجدات الخمس عشرة اربعة فضربناها في المضروب المذكور فصار سبعمائة
وعشرين فلكل منهن ثمانية واربعون وكان للاعمام الستة واحد فضربناه
في المضروب فكان مائة وثمانين فلكل واحد منهم ثلاثون واذا اجمعت
جميع انصباء الورثة بلغ اربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين وان تباينت
الاعداد فاضرب كل احدها في جميع الثاني ثم المبلغ في الثالث ثم المبلغ
في الرابع ثم اضرب الحاصل في اصل المسئلة حتى يحصل ما يصح منه المسئلة
كما رأيت وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام اصل المسئلة ايضا من اربعة
وعشرون فللزوجين الثمن وهو ثلاثة لا يستقيم عليهما وبين رؤوسهما وسهامهما مباينة
فاخذنا عدد رؤوسهما وهو اثنان وللجدات الست السدس وهو اربعة لا يستقيم
عليهن وبين عدد رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف
عدد رؤوسهن وهو ثلاثة وللبنات العشر الثلثان وهو ستة عشر
لا يستقيم عليهن وبين رؤوسهن وسهامهن موافقة بالنصف فاخذنا نصف
عدد رؤوسهن وهو خمسة وللاعمام السبعة الباقي وهو واحد لا يستقيم عليهم
وبينه وبين عدد رؤوسهم مباينة فاخذنا عدد رؤوسهم وهو سبعة فصار معنا
من الاعداد المأخوذة للرؤوس اثنان وثلاثة وخمسة وسبعة وهذه كلها
اعداد متباينة فضربنا الاثنين في الثلاثة صار ستة ثم ضربنا هذا المبلغ في
خمسة فصار ثلاثين ثم ضربنا الثلاثين في سبعة فحصل مائتان وعشرة ثم
ضربنا هذا المبلغ في اصل المسئلة وهو اربعة وعشرون فصار المجموع
خمسة آلاف واربعين فمنها يستقيم المسئلة على جميع الطوائف اذ
كان للزوجين من اصل المسئلة ثلاثة فضربناها في المضروب الذي هو مائتان
وعشرة فحصل ستمائة وثلاثون لكل منهما ثلاثمائة وخمسة عشر وكان
للجدات الست اربعة ضربناه في ذلك المضروب فصار ثمانمائة واربعين
فلكل منهن مائة واربعون وكان للبنات العشر ستة عشر ضربناه في المضروب
المذكور فبلغ ثلاثة آلاف وثلاثمائة وستين فلكل واحدة منهن ثلاثمائة وستة وثلاثون
وكان للاعمام السبعة واحد ضربناه في ذلك المضروب فكان مائتين وعشرة فلكل منهم
ثلاثون فمجموع هذه الانصباء خمسة آلاف واربعون هذا اذا لم تكن المسئلة عائلة
واما ان كانت المسئلة عائلة فاضرب ما ضربته في الاصل في جميع العول في جميع ذلك
كزوج وخمس اخوات لاب وام واصل المسئلة ستة النصف وهو ثلاثة للزوج والثلثان
وهو اربعة للاخوات الخمس فقد عالت المسئلة الى سبعة وانكسر سهم الاخوات
عليهن فقط وبين عدد رؤوسهن وسهامهن اعني الاربعة والخمسة مباينة فضربنا
كل عدد رؤوسهن وهو خمسة في اصل المسئلة مع عولها وهو سبعة فصار الحاصل خمسة وثلاثين
منها تصح المسئلة اذ قد كان للزوج ثلاثة وقد كان ضربناه في المضروب وهو خمسة فصار خمسة عشر
وكان للاخوات الخمس اربعة وقد ضربناه ايضا في خمسة فصار عشرين فلكل منهن اربعة وان انكسر
السهام على طائفتين وكانت المسئلة عائلة فقس على هذا واجتهد في حساب الامثلة تدبر

فصل ومخارج الورثة

فصل

وتداخل العددين يعرف بان نطرح الاقل من الاكثر مرتين او اكثر فيفنيه
اي يفني الاقل الاكثر كالثلاثة والستة فانك اذا طرحت الثلاثة من الستة مرتين افنيت الستة
بالكلية وكذا الحال اذا طرحتها من التسعة ثلاث مرات افنيت التسعة بالمرة الثالثة فهذان العددان
يسميان بالمتداخلين اصطلاحا بخلاف الثمانية فانك اذا طرحت الثلاثة منها مرتين بقي اثنان
فلا يكون افناؤها بالثلاثة لكن اذا طرحت منها اثنين اربع مرات افنيت الثمانية فهما ايضا متداخلان
او تقسيم الاكثر على الاقل فينقسم عليه قسمة صحيحة بلا كسر كالستة فانها تنقسم على الثلاثة
وعلى الاثنين ايضا بلا كسر فيصيب من الستة كل واحد من الثلاثة اثنان ومن الاثنين ثلاثة
وقس على ذلك سائر المتداخلين والمضاعف مثل المتداخلين يعني كالخمسة مع العشرين
لانه اذا طرحت الخمسة من العشرين اربع مرات افنيت العشرين فهما متداخلان وكذلك
اذا اسقطت الاربعة من العشرين خمس مرات افنيت العشرين فهما متداخلان وكذلك
اذا قسمت العشرين على الخمسة يجيء اربعة اقسام صحيحة وكذا اذا قسمتها على الاربعة يجيء
خمسة اقسام صحيحة بلا كسر او نقول ان زيد على الاقل مثله او امثاله فيساوي الاكثر
فان زيد مثلا على الثلاثة مثلها مرة صارت ستة ومرتين صارت تسعة واذا زيدت
على الخمسة مثلها ثلاث مرات صارت عشرين واذا زيدت على الاربعة مثلها اربع مرات
صارت عشرين ويعرف توافقهما في معنى كالنصف ونظائره بان ينقص الاقل من
الاكثر من الجانبين حتى يتوافقا في مقدار فان توافقا في واحد فهما متباينان كالخمسة
مع السبعة والتسعة واحد عشر مع عشر فانك اذا نقصت الخمسة من السبعة بقي اثنان
واذا نقصت الاثنين من الخمسة مرتين بقي واحد وهكذا فقس وان توافقا في اكثر
من واحد فهما متوافقان فان كان الاكثر اثنين فهما متوافقان بالنصف
كثمانية عشر مع الثمانية فانك اذا نقصت من ثمانية عشر ثمانية مرتين بقي منها اثنان
واذا القيت اثنين من الثمانية ثلاث مرات بقي منها ايضا اثنان فهما متوافقان بالنصف
وان كان الاكثر ثلاثة فبالثلث فهما متوافقان بالثلث كما في التسعة والاثني عشر
او كان الاكثر اربعة فبالربع كالثمانية والاثني عشر هكذا الى العشر
الكوبع التوافق في الاعداد التي هي العشرة وما دونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة
وهي النصف الى العشر وتسمى هي مع ما يتركب منها بالاضافة نحو نصف سبع ثلث
او بالتكرير نحو الثلثان بالكسور المنطقة وان توافقا في احد عشر كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين
فان العدد الذي يعدهما احد عشر فقط فبجزء من احد عشر اي هما متوافقان بجزء من احد عشر
وهلم جرا يعني ان توافقا في ثلاثة عشر كستة وعشرين مع تسعة وثلاثين لان العاد لهما
ثلاثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر وان توافقا في خمسة عشر يتوافقان من خمسة عشر
كثلاثين مع خمسة واربعين فان خمسة عشر يعدهما معا ويسمى هذه الكسور الاصم وهي التي لا يمكن
التعبير عنها الا باضافتها الى مخارجها ثم اعلم ان الاعداد قسمان منطق الكسر واصم الكسر
فمنطق الكسر هو الحاصل من ضرب احد عددين صحيحين في الآخر كاثني عشر فانه حاصل من
ضرب مخرج النصف في مخرج السدس او من ضرب مخرج الثلث في مخرج الربع فيمكن ان
ينطق بكسوره كنصفه وثلثه وربعه وسدسه واصم الكسر ما لا يكون كذلك كاحد عشر
فانه ليس مما يحصل من ضرب احد عددين صحيحين في الآخر فكسره يسمى اصم مجازا لانه لا يسمع النطق بكسره
فالكسر الاصم ما لا يمكن التعبير عنه بالكسور التسعة وما يتركب منها بالاضافة او بالتكرير الا بجعله بالاضافة الى مخارجه كجزء من احد عشر وثلاثة عشر مثلا
وان اردت ان تعرف نصيب كل فريق كالبنات والجدات والزوجات والاعمام وغيرها من التصحيح
فاضرب ما كان لاحد كل فريق من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة اي المضروب
فما خرج من هذا الضرب فهو نصيب ذلك الفريق وقد ذكرنا عليك هذا العمل في الامثلة

الذي استقام على الكل
الذي ضربته هو
السابقة التي ضربناها فلا حاجة الى اعادتها

وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد من افراد ذلك الفريق من التصحيح وهو
ان تقسم ما كان لكل فريق من اصل المسألة على عدد رؤوسهم ثم تضرب الخارج من هذه
القسمة في المضروب الذي ضربته في اصل المسألة لاجل التصحيح فالحاصل من ضرب
الخارج في المضروب نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت فانسب
سهام كل فريق من اصل المسألة الى عدد رؤوسهم مفردا عن اعداد ما عداهم
ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم من افراد ذلك الفريق
ففي الصورة السابقة التي فيها التباين وهي امرأتان وست جدات وعشر بنات وسبعة اعمام
اذا نسبت سهام المرأتين وهي ثلاثة اليهما كانت النسبة مثلا ونصفا واذا اعطيت
كل واحدة منهما من المضروب الذي هو مائتان وعشرة بمثل تلك النسبة اعني مثله
ونصفه كان ثلاثمائة وخمسة عشر واذا نسبت سهام البنات وهي ستة عشر الى عدد
رؤوسهن وهو عشرة كانت النسبة مثلا وثلاثة اخماس مثل فاذا اعطيت
كل بنت مثل المضروب ومثل ثلاثة اخماسه كان لها ثلاثمائة وستة وثلاثون
واذا نسبت سهام الجدات وهي اربعة الى عدد رؤوسهن وهو ستة كانت النسبة
ثلثي واحد واذا اعطيت كل جدة ثلثي المضروب كان لها مائة واربعون واذا
نسبت سهم الاعمام وهو واحد الى رؤوسهم وهو سبعة كانت النسبة سبع واحد
واذا اعطيت كل واحد منهم سبع المضروب حصل له ثلاثون وهذا الطريق يعني
طريق النسبة هو الاوضح اذ لا يحتاج فيه الى القسمة والضرب كما في الطريق الاول
وان اردت قسمة التركة بين الورثة او الغرماء فانظر بين التركة والتصحيح
فان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة
ثم اقسم الحاصل من هذا الضرب على وفق التصحيح فما خرج فهو نصيب ذلك
الوارث مثاله زوج وام واختان لاب وام اصل المسألة من ستة وتعول الى ثمانية
فللزوج منها ثلاثة وللام واحد ولكل من الاختين سهمان فان فرض ان جميع التركة
خمسون دينارا يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف فنضرب سهم الزوج
من التصحيح وهو ثلاثة في وفق التركة وهو خمسة وعشرون فيبلغ خمسة وسبعين
ثم نقسم الخمسة والسبعين على وفق التصحيح وهو اربعة فيكون للزوج من التركة
ثمانية عشر دينارا وثلاثة ارباع دينار ونضرب سهم الام من التصحيح وهو واحد
في خمسة وعشرين وهو وفق التركة فيكون خمسة وعشرين ثم نقسمها على وفق
التصحيح وهو اربعة فيكون للام ستة دنانير وربع دينار ونضرب سهم
كل من الاختين وهو سهمان في وفق التركة فيبلغ خمسين ثم نقسمها على وفق
التصحيح وهو اربعة فيكون لكل من الاختين اثنا عشر دينارا ونصف دينار
وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب سهام كل وارث في جميع التركة
ثم اقسم الحاصل على جميع التصحيح فما خرج فهو نصيبه كما اذا فرض في المسألة المذكورة
ان جميع التركة خمسة وعشرون دينارا فلا يكون بينها وبين التصحيح الذي هو ثمانية مباينة
فنضرب نصيب الزوج من التصحيح وهو ثلاثة في كل التركة فيحصل خمسة وسبعون
ثم نقسم هذا المبلغ على جميع التصحيح اعني ثمانية فيخرج تسعة دنانير وثلاثة اثمان
دينار فهذا نصيب الزوج من التركة ونضرب ايضا نصيب الام من التصحيح
وهو واحد في جميع التركة فيبلغ خمسة وعشرين فاذا قسمناها على الثمانية
خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار فهي نصيب الام من التركة ونضرب نصيب كل اخت من التصحيح
وهو اثنان في كل التركة فيحصل خمسون فاذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية
خرج ستة دنانير وربع دينار فهي نصيب كل اخت من التركة

وكذا العمل

وكذا العمل في معرفة نصيب كل فريق من الورثة يعني تضرب ما كان لكل فريق
ثم تقسم المبلغ الحاصل من هذا الضرب على وفق تصحيح المسألة ان كان بين التركة والتصحيح موافقة
وان كان بينهما مباينة تضرب ما كان لكل فريق في كل التركة ثم تقسم الحاصل على جميع تصحيح المسألة
فالخارج نصيب ذلك الفريق في الوجهين اي في الموافقة والمباينة مثال الموافقة
زوج واربع اخوات لاب وام واختان لام اصل المسألة ستة تعول الى تسعة فلو فرضنا التركة ثلاثين
كان بين التركة والتصحيح توافق بالثلث فاذا ضربنا نصيب الزوج من اصل المسألة وهو ثلاثة في وفق التركة
فاذا قسمنا هذا الحاصل على ثلث المسألة وهو ثلاثة ايضا خرج عشرة فهي نصيب الزوج واذا ضربنا
نصيب الاخوات لاب وام من اصل المسألة وهو اربعة في ثلث التركة صار اربعين واذا قسمنا
على ثلث المسألة كان الخارج وهو ثلاثة عشر وثلث نصيب هؤلاء الاخوات واذا
ضربنا نصيب الاختين لام وهو اثنان في ثلث التركة حصل عشرون فاذا قسمناه على ثلثها
نصيب هاتين الاختين ومثال المباينة ان نفرض التركة في المسألة المذكورة اثنين وثلاثين فيكون
بينها وبين التصحيح وهو تسعة مباينة فاذا ضربنا نصيب الزوج وهو ثلاثة في كل التركة
فاذا قسمنا هذا المبلغ على جميع المسألة وهي تسعة كان الخارج وهو عشرة وثلثان نصيب الزوج
واذا ضربنا نصيب الاخوات لاب وام وهو اربعة في كل التركة حصل مائة وثمانية وعشرون
فاذا قسمنا هذا الحاصل على التسعة كان الخارج وهو اربعة عشر وثلثان نصيب الاخوات ثم
واذا ضربنا نصيب الاختين لام وهو اثنان في جميع التركة بلغ اربعة وستين
فاذا قسمنا هذا المبلغ على التسعة كان الخارج وهو سبعة وسبع نصيبهما من التركة
ومن البين ان الوضع الطبيعي يقتضي تقديم معرفة نصيب كل فريق على معرفة نصيب كل
وقال المولى الفاضل ابن الكمال في جوابه ان تقدم معرفة نصيب كل وارث بناء على ان
في القسمة ان يعطى كل احد حقه بلا زيادة ولا نقصان فتقديم ما هو الاهم بالنظر الى المقصد
وفي القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح وكل دين من ديون الغرماء كسهام وارث
اعلم ان الباقي من التركة بعد التجهيز والتكفين ان وفى بالدين فلا اشكال وان كان غريم واحد
وان لم يف مع تعدد الغرماء فالطريق في معرفة نصيب كل غريم من تلك التركة القاصرة
ان يجعل دين كل واحد منهم بمنزلة سهام كل وارث من تصحيح المسألة ويجعل مجموع الديون بمنزلة
ويعمل هاهنا ما عمل ثمة في تعيين نصيب كل وارث فان مات شخص وترك تسعة دنانير
وكان لواحد عشرة دنانير وللآخر خمسة دنانير فجمعنا الدينين فصار المجموع خمسة عشر
وبين التسعة والخمسة عشر موافقة بالثلث فاذا ضربنا دين من له عشرة دنانير عليه
في ثلث التسعة حصل ثلاثون واذا قسمنا هذا الحاصل على وفق التصحيح وهو
كان الخارج وهو ستة نصيب من كان له عشرة واذا ضربنا دين من له خمسة
عليه في وفق التركة اعني ثلاثة حصل خمسة عشر فاذا قسمنا هذا المبلغ على
كان الخارج وهو ثلاثة نصيب من كان له عليه خمسة ولو فرضنا ان التركة
في الصورة المذكورة ثلاثة عشر كان بين التصحيح والتركة مباينة فنضرب
دين صاحب العشرة في كل فيحصل مائة وثلاثون فاذا قسمنا هذا المبلغ على
خمسة عشر كان الخارج وهو ثمانية وثلثان نصيب من كان دينه عشرة
ونضرب ايضا دين صاحب الخمسة في جميع التركة فيبلغ خمسة وستين فاذا قسمنا هذا المبلغ
على خمسة عشر خرج اربعة وثلث وهو نصيب من كان له خمسة ولو فرضنا في تلك
ان التركة خمسة دنانير كان بين التركة والتصحيح موافقة بالخمس لكونهما متداخلين فاضرب
صاحب الخارج وهو ثلاثة وثلث نصيب من كان له عشرة واضرب دين صاحب الخمسة في وفق
واقسم الحاصل على وفق التصحيح وهو ثلاثة فيكون الخارج وهو واحد وثلثان نصيب
ومن صالح من الورثة او الغرماء على شيء معلوم منها من التركة فاطرح نصيبه من التصحيح
واقسم الباقي على سهام من بقي من الورثة او على ديونهم اي على ديون بقية الغرماء

قال الفقير ربه الكريم الغافل المصنف حسن ورحمة الله عليه نفسه
هذا اخر كتاب سماه ملتقى الابحر اسم مطابق لمسماه ولم ازل راغبا اسعف جهدها
اجتهادا في عدم ترك شيء من مسائل الكتب الاربعة التي عدت في الخطبة
ان يجمع كتابا مشتملا على مسائلها وهي القدوري والمختار والكنز والوقاية
والتمس مضارع متكلم من لا يتمايى من الناظر فيه اي كتاب ملتقى الابحر
ان المطلع الناظر على الاخلال بشيء منها اي من مسائل الكتب الاربعة بان لا ينكره
ان يلحقه مفعول التمس بمحله الاصلي فان الانسان محل النسيان واشتقاقه
يدل عليه بعض العجم فليكن ان غائب ووقع في بعض النسخ ولكن حرفا
ذلك الالحاق محله الاصلي بعد التأمل في مظان تلك المسئلة اي بعد التأمل
في مواضع يظن كون تلك المسئلة فيها فانه ربما ذكرت ما من محبوب
بعض المسائل في بعض الكتب المذكورة في موضع ومنه جزء في
موضع اخر فاكتفيت بذكرها اي ذكر تلك المسئلة في احد الموضعين
فيظن ان هنا ليس محله لكن بعد التأمل يظهر وجهه فاياكم والعجلة قبل التأمل
والتتبع ثم اني زدت فيه مسائل كثيرة من الهداية ومجمع البحرين
علما وعدا بالزيادة ايضا في الخطبة ولم ازد شيئا من غيرهما اي غير الهداية ومجمع البحرين
حتى يسهل الطلب على من اشتبه عليه صحة شيء مما ليس في الكتب الاربعة
والله حسبي ونعم الوكيل ٥

الحمد لله على التمام
وعلى حضرة احمد افضل الصلاة والسلام
قد وقع الفراغ من تبييضه وتنميقه في اليوم الخامس
من صفر الخير من شهور سنة خمس وثلاثين والف من هجرة
من له العز والشرف اللهم اجعله لي ذخرا نافعا وخيرا باقيا
بحرمة جميع الانبياء خصوصا بحرمة حبيبك محمد المصطفى
صلوات الله عليه وسلامه وانا الفقير المحتاج اسمعيل بن الحاج سنان
بن الحاج اسمعيل بن حسين بن ابرهيم بن خليل الخليل المعروف
لين الله قلبه القاسي وازال عنه الوسواس
ثم بعون الله الملك الوهاب والبه المرجع والمآب
سنتين بعد الالف

بلغني بكتابة هذا الشرح الذي يحصل به لكل فقيه الروح يوم الاربعا ثلثه الباقية الثالث من جمادى الاخرة
سنة ثمان واربعين ومائتين والف واول الشروع من كتاب البيوع والختام بتمام كتاب الوقف
وختم ليلة الجمعة سلخ ذي القعدة الشريفة سنة خمس وخمسين ومائة والف على يد افقر عباد الله
الغني احمد بن خليل بن مصطفى الايوبي عفر الله له ولمن احسن اليه ولجميع المؤمنين اجمعين آمين
والحمد لله اولا واخرا وباطنا وظاهرا وسرا وعلانية وعلى كل حال وصلى الله تعالى
على نبينا ورسولنا وسيدنا وسندنا وشفيعنا وطبيب قلوبنا الى النعيم المحشور الملك وعلى آله
واصحابه الكرام واتباعهم العلماء الاعلام ما دامت الضحى والاعلام والحمد لله وحده

١١٥٥

اللهم صل على محمد بعدد كل ذرة الف الف مرة

ومن قال لامرأة عند شاهدين نوزن من سن بنم نوجم شري اولور ديسه فقالت شدم
اولورم ديسه لا ينعقد النكاح بينهما ما لم تقل قبول كردم بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال المهملة
وسكون الميم يعني قبول ايلدم ولو قال لها خويشتن را خا بجيم نك كسريله شينك سكونيله واو
امام فارسيه وناك فتح ونونلك سكونيله كندي ديكدر
رادات مفعول يعني كنديني ديلدا ولو زن بفتح الزاي وكسر النون بمعنى المرأة ومن بفتح الميم وسكون النون
بمعني انا الكاف هو ضمير الحكم وجه بعني بنم اهل ديك اولور كرداني كافك فتح ولاك سكون ودالك
كسري ونونك كسري وعدايله ودالك كسري ويائك سكونيله معني ايلر يسك ديك اولور فقالت كرداينم
ايلرم ديسه فقال بزير فتم باء عجميه نك فتح وزاي معجمه نك كسر وياء سكونيله ورانك فتح وفانك سكون وتانك
فتح وميمك سكونيله يعني قبول اتيم ديكدر ينعقد ولو قال لرجل خفرن بضم الدال المهملة وسكون
الخاء المعجمة وفتح التاء بمعنى البنت خويشتن را ترغيره رادات مفعولدر يعنى كنديني قزيني ديله
اولور ببيسر من باء اولك فتح وباء ثانيه نك ضمي ايله وسينك متحركه باء اولي ادات مفعولدر
باء ثانيه اصل كلمه دنلر معني بنم اوغلم ديكدر انزاني همزه نك فتحي ورانك سكوني وزانك فتحي ونون
وكسري ونونله وبانك سكونيله كلام فارسيه يانك اول معنا وارد در بيهي ميمه به درر مخل
مراد اولدي يعني وير محلك داشتي دالك فتح وميله وشينك سكونيله وتانك كسري وياء
سكونيله ويانك بريهنك دخي خطابه بونكرده مراد اولدر معنيه ايله اولور كه ويرك
يعني وير يسك ديك اوله نه داشتم طوتدم يعني ويردك طوتدم ويرد در انعقد
ولو منعت المرأة زوجها الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها كانت ناشزة ولو
سكن في بيت الغصب فامتنعت منه فلو ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا على حدة
فليس لها ذلك ولو قالت مرا بفتح الميم يعني بكا رادات مفعولدر تقيه كلام من رادن مكلم
ضمير اكده من ادات مفعول اكلان راء مضافه اولسم مخففيدر اوريي بزه حنف دلخ
دينلور طلاق ده بكسر الدال وسكون الهاء بمعنى اعط يعنى بكا طلاق وير ديسه فقال داده دال
فتح وهيله ودال ثانيه نك فتح وبعده اسم مفعول اداتي اولكن هابله كلمه اسم مفعولدر
وبرلش ديكدر كير كافك كسر وياء ورانك سكونيله طوت ديكدر او كرده كير باء خي
ايلمش طوت اولماده باد بانك فتح ودالك سكونيله اولديله عربيه كي معني ايلمش اولي
اوكرده باد يا خود ايلمش اول ديك اولور اوتوعنه ولا ولو قال داده است لفظا
همزه نك فتح وسينك سكون وتانك سكونيله ادات خبر معني ويرلمشدر ديك اولور او كرده
يا خود ايلمشدر يقع وان لم ينو فلو قال داده انكار وبرلش دليس لا يقع وان نوى ولو لعزي
بفتح الواو وسكون الياء ضمير ريعني كناية المرأة يعني بكا فاتيه نون مفتوحه ني ابجو يعني كا
تا قيامت تابعني حتى للانتهاء يعني قيامته دكين اي بفتح الهمزة وسكون الواو يعني يا خود ديسه وكله حال
محذوفه تقديره او قال عمر عمر بفتح الهاء والميم يعني تكل عمري قيامته دكين اولورم بكا لا يقع
فتمله او انشاي تا قيامت معقد هنا كذلك مخفف بزين ما قبله كما اشرت اليه في المعنى التركي لا يقع
الا بالنية ولو قال لها خيله زنان كن زنان بفتح الزاي يعني لنفقتك جميع زنيا فارسي الذي العقول
جمي الف ونون دار وقال بعضهم دذي الا رعاحه جلسي حيلة در وجا دلك ناصاجي والنوعية
وجاداتك ناصاجي اوليا نزي الغلط اليه جلس نورسنكو لكبي سنك لنفقتك جمعند يعني طانترين الاحجار
وقال بعضهم نور العقولك اعطا بعضي كره الغلط نك جلسه نوربعضي كه الغلطه اليه جلسه نور زدي العقول
ماعيا اولا بعضي الا رعاحي شالي اشبهها واسبابي اكيمهني جاز دراسب لنفقتك جمعنه يعني الخيل
يعني آلتم وبونك امثالي وكذلك جاداتك ناصحا او لنلر وحي بعضي كه الغلط ايه نوزلم وبعضي كه الغلط
ايله جلسون شالي درختها ودرختان كبي درخت انظا جمعيد يعني الاشجار يعني اغجلر وكن كافك
سكونيله ديكله معناي زكيب خانو نك حيكم اسم ديسه يقع ولو قال لها خيله خويشتن كير كندي
حيلة ايله ديسه فلا ولو قالت لها كابين امر البهرة بضم التاء يعني سنك مهرك بخشيدم
يعني باعشلدم زاحنك جيم عربية وصوابه انك جيم عجمية يعني اوج نقطه لي جيم ايله جنك اهل العجم

لكن بو محلده مراد معناسي اولدر يعني بكا عوضى بار كيرو ديك در طوت ديك تركيب معناسي
يعني بكا عوضي كيرو طوت يعني بغلو دوكشمه سكا مهري باغشلادم ديه فان طلق سقط المهر ولا
ولو قال العبد يا مالكي او لامته انا عبدك لا يعتق ولو عمل فعل فقال برفس بفتح الباء وسكون الراء يعني
على يعني نه اوزرينه سوكند است كه سوكند بفتح السين وسكون الواو وكافك فتح ونونك سكونيله
يمين معناسنه است اداة جزء دركم كاف كسريله ادات ربطدر يعني معناديه اولور كه نه اوزرينه
يمين ده كه اين كار نكنم اين بكسر الهمزة وسكون الياء والنون اسم الاشارة يعني بو كار ايشي دمك نكنم
النون المفتوحة للنفي والكاف مضمومة والنون التي بعد الكاف مفتوحة والميم ساكنة صيغة متكلم وحده
منفية بحرف النفي وهو النون يعني اشلمم تركيبك معناسي يمين ده كه شو ايشي اشلمم ولو قال المشتري
للبائع بعد البيع بها بفتح الباء يعني القيمة بازده باز بالفتح كيرو ده بكسر الدال وسكون الهاء امر يعني
اعط كاتز يعني بهايي كيرو ويره ديه فقال البائع بدهم بكسر الباء وفتح الدال يعني ويرم ديه يكون فسخا

وقع التحرير على بعض مواضع مسائل شتى من ملتقى الابحر بقلم افقر الورى واضعف البرايا مصطفى المحتاج الى اللطف
وكرم المولى المجيد الراجي شفاعة النبي الكريم عليه افضل الصلاة واكمل التسليم في اواخر ذي الحجة الشريف لسنة ...

وقد استنسخ الفقير ... عفو ربه الغني القدير لعبد الكاتب هذا الشرح الخطير في سلخ ذي الحجة يوم الاحد سنة ثمان ...

لو قال يعني الثمن لكان احسن منه